

**VERBANDSEMPFEHLUNGEN
IM SPEDITEURSAMMELGUTVERKEHR**

**Das Empfehlungsrecht von Bedingungen und Entgelten
im Spediteursammelgutverkehr als Ersatz für staatlich
administrierte Tarife im Lichte des deutschen und
europäischen Kartellrechts**

Carl-Reinhart Eichhoff
—

1982
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548326_0005

VERBANDSEMPFEHLUNGEN
IM SPEDITEURSAMMELGUTVERKEHR

Das Empfehlungsrecht von Bedingungen und Entgelten
im Spediteursammelgutverkehr als Ersatz für staatlich
administrierte Tarife im Lichte des deutschen und
europäischen Kartellrechts

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Carl-Reinhart Eichhoff

1982

Referent: Professor Dr. Fikentscher
Koreferent: Professor Dr. Pfaff
Tag der mündlichen Prüfung: 21. Dezember 1982



Herstellung: Hieronymus Buchreproduktions GmbH, München

INHALTSVERZEICHNIS
=====

	Seite
Literaturverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	
1. Einführung	1
2. Überblick	2
1. Kapitel	
<u>Rahmenbedingungen für die Empfehlungen im</u> <u>Spediteursammelgutverkehr</u>	
1. <u>Die Funktion des Spediteurs</u>	4
2. <u>Der Spediteursammelgutverkehr</u>	6
a) Grundschemata	6
b) Definition des Spediteursammelgutverkehrs	10
c) Abgrenzungen zum DEGT- und RKT-Stückgutverkehr	11
d) Der Sammelgutvertrag	13
e) Statistische Daten zum Spediteursammelgut- verkehr	15
aa) Anteil an der volkswirtschaftlichen Wertschöpfung	15
bb) Anteil des Spediteursammelgutverkehrs am Verkehrsaufkommen	17
3. <u>Entwicklung des Spediteursammelgutverkehrs</u>	19
a) Die Entwicklung bis zum 2. Weltkrieg	19
b) Die Kundensatzverordnungen auf der Basis des Preisgesetzes von 1948	21
4. <u>Der Spediteursammelgutverkehr im Verhältnis zu</u> <u>den Verkehrsträgern</u>	23
a) Einfluß des Güterfernverkehrs auf den Sammel- gutverkehr	23
aa) Einfluß auf die Preisgestaltung	23
bb) Indirekt ist die Preisbildung auch durch die begrenzte Kapazität beeinflusst	24

b) Geschichte des Straßengüterverkehrs	25
aa) Die Entwicklung des GÜKG und seiner Vorgänger	25
bb) Vorsichtige Liberalisierung durch die "Kleine Verkehrsreform" von 1961.....	28
c) Das Verhältnis zur Bahn	29
5. <u>Der Spediteursammelgutverkehr und die sog. Besonderheiten des Verkehrs</u>	30
a) Die Beurteilung der Besonderheitenlehre durch die Verkehrswissenschaft	30
aa) Strukturelle Besonderheiten	31
bb) Ruinöse Konkurrenz als Anpassungsproblem im Verkehr	32
cc) Methoden zur Stabilisierung	34
b) Antwort des Gesetzgebers auf die Anpassungs- probleme im Güterkraftverkehr	35
c) Die Lage im Spediteur-Sammelgutverkehr	37
aa) Rechtliche Preisbildungsregelungen	37
bb) Strukturelle Besonderheiten gegenüber dem gewerblichen Güterfernverkehr	38
cc) Ergebnis	41
6. <u>Die Ablösung der Kundensätze durch das Empfehlungs- recht der Spediteurverbände</u>	42
a) Voraussetzungen für die Liberalisierung	42
aa) Liberalisierung als Teil der allgemeinen Wirtschaftspolitik	42
bb) Bahnstückgutverkehr nicht mehr Schutzzweck der Kundensätze	43
cc) Marktposition der Sammelgutspediteure	44
b) Überlegungen vor Wegfall der Kundensätze zum 30.6.1975	44
2. Kapitel	
<u>Die Freistellung nach § 99 Abs.2 GWB im System des deutschen Kartellrechts</u>	
1. <u>Die Funktion des Wettbewerbsrechts</u>	45
a) Konzeption des GWB	45
aa) Wettbewerb als nicht-autoritäres Kontroll- system	46

bb) Wettbewerb als Instrument für gute ökonomische Ergebnisse	46
cc) Funktionen des Wettbewerbs	47
dd) Wettbewerb als Mittel und als Ziel	49
ee) Schutz von individuellen und öffentlichen Interessen	50
b) Konzeption der Ausnahmereiche	51
2. <u>Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts</u>	52
a) Wettbewerb	52
b) Wettbewerbsbeschränkungen	52
c) Motive für Wettbewerbsbeschränkungen	53
d) Maßnahmen gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen	53
e) Gründe für das Empfehlungsverbot	54
f) Die Abgrenzung des relevanten Marktes	56
3. <u>Die kartellrechtliche Lage bis zum Auslaufen der staatlichen Kundensätze</u>	57
4. <u>Gründe für die Einfügung des § 99 Abs.2 Nr.5 GWB.</u>	59
a) Vermeidung eines Strukturbruchs	59
b) Orientierungshilfe für die Verlater	59
c) Nur ein Liberalisierungsschritt	60
d) Ziel eines funktionsfähigen Wettbewerbs	60
e) Ergebnis	61
5. <u>Die bestehenden Empfehlungsrechte im GWB reichen nicht aus</u>	62
a) Konditionenempfehlungen	62
b) Mittelstandsempfehlungen	62
c) Preisempfehlungsrecht für Markenwaren nach § 38 a	63
d) Wettbewerbsregeln nach § 28	63
6. <u>Verfahrensfragen</u>	63
a) Empfehlender	63
b) Anmeldung der Empfehlungen	64
c) Stellungnahmen der Verlaterverbände	64
d) Prüfungspflicht der Kartellbehörden	64
e) Unverbindlichkeit	65

7. <u>Verhältnis von § 99 Abs.2 Nr. 5 zu den übrigen Bestimmungen des GWB</u>	66
a) <u>Umfang der Freistellung</u>	66
b) <u>Abgrenzung von Empfehlungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen</u>	67
aa) <u>Unterschiede zwischen dem Verbot von Empfehlungen und von abgestimmten Verhaltensweisen</u>	67
bb) <u>Die horizontale Abstimmung unter den Spediteuren</u>	68
cc) <u>Die BSKE basieren nicht auf einer abgestimmten Verhaltensweise</u>	69
dd) <u>Ergebnis</u>	70

3. Kapitel

Die Mißbrauchsaufsicht über die Empfehlungen im Spediteur-Sammelgutverkehr

Abschnitt I

Prinzipien der Mißbrauchsaufsicht	71
1. <u>Der Mißbrauchs begriff</u>	71
a) <u>Unbestimmter Rechtsbegriff</u>	71
b) <u>Mißbrauchsbestimmung im Einzelfall durch Rückgriff auf Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung</u>	72
c) <u>Kein einheitlicher Mißbrauchs begriff</u>	72
d) <u>Ergänzung durch systematische Auslegung</u>	73
e) <u>Mißbrauch ist keine Leerformel</u>	75
f) <u>Mißbrauch ist objektive Pflichtverletzung</u>	75
g) <u>Mißbrauch durch die Empfehlungen oder die Art ihrer Durchführung</u>	76
h) <u>Mißbrauchsaufsicht ist Rechtsaufsicht und keine Wirtschaftslenkung</u>	77
2. <u>Unterschiedliche Mißbrauchsbestimmung von Bedingungen und Entgelten</u>	77
a) <u>Abgrenzung von Bedingungen und Entgelten</u>	77
b) <u>Prüfschema zur Mißbrauchsbestimmung</u>	79

Abschnitt II

Die Mißbrauchsaufsicht über die Bedingungen	79
1. <u>Bestimmung der Mißbrauchsmaßstäbe</u>	80
a) Parallele zu der Freistellung von Konditionenempfehlungen	80
b) Eigenarten der Mißbrauchsaufsicht über die Sammelgutbedingungen	82
c) Der Maßstab des AGB-Gesetzes	83
2. <u>Die Prüfung von einzelnen Bedingungen</u>	85
a) Definition des Geltungsbereichs	85
b) Leistungsbereich einer Versendung	86
c) Sonstige Bedingungen und Ergebnis	88

Abschnitt III

Mißbrauchsaufsicht über die Entgeltempfehlungen	89
1. <u>Ausgangslage</u>	89
a) Überblick über die Entwicklung der Entgelte nach 1975	89
b) Die Aufstellung der Entgeltempfehlungen	90
c) Die bisherigen Überlegungen zur Mißbrauchsaufsicht über die empfohlenen Entgelte	91
2. <u>Die Parallele zu den Preisempfehlungen für Markenwaren</u>	92
a) Faktische Unterschiede zwischen den BSKE und den Markenwarenpfehlungen	92
aa) Sammelgutverkehr als komplexe Dienstleistung	92
bb) Produktionskosten variieren stark und sind schwer kalkulierbar	93
cc) Stärkeres Abweichen weiterer Einflußfaktoren auf den Preis	93
dd) Ergebnis	93
b) Gesetzessystematische Unterschiede zu den Markenwarenpfehlungen	94
aa) Für die Empfehlung der Sammelgutentgelte ist die Marktgerechtigkeit keine Zulässigkeitsvoraussetzung	94
bb) Sinn und Zweck von Sammelgut- und Markenwarenpfehlungen weichen voneinander ab .	95
cc) Aus den Markenwarenpfehlungen lassen sich keine allgemeinen Mißbrauchskriterien über Preisempfehlungen ableiten	96

3. <u>Parallele zur Mißbrauchsaufsicht in anderen</u>	
<u>Ausnahmebereichen</u>	97
a) Verkehrswirtschaft	97
b) Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft ..	98
c) Weitere Konkretisierung der Mißbrauchskriterien ist erforderlich	100
4. <u>Anwendbarkeit anderer Mißbrauchskonzepte</u>	101
a) Das Als-Ob-Konzept	101
aa) Derzeitiger Anwendungsbereich	101
bb) Der Anwendungsbereich läßt sich auf die Sammelgutempfehlungen nicht ausweiten	102
b) Vergleichsmarktkonzept	103
c) Gewinnbegrenzungs- und Kostenkontrollkonzept .	104
5. <u>Die Ableitung des Mißbrauchsmaßstabes für die</u>	
<u>Empfehlung der Sammelgutentgelte</u>	106
a) Prüffolge in 4 Schritten	106
b) Anhaltspunkte für einen Mißbrauch	106
aa) Erhebliche Unterschreitung der Empfehlungs- preise durch die Marktpreise	106
bb) Täuschung der Verlader	107
cc) Diskriminierung von Verladergruppen	108
dd) Mißbrauchsvorwürfe in den Stellungnahmen der Verladerverbände	109
ee) Tatbestände des UWG	109
ff) Sonstige Anhaltspunkte	111
c) Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse	111
aa) Beurteilung auf Grund von Markttestes	111
bb) Kostenmaßstab	112
d) Verletzung von Verladerinteressen	113
e) Interessenabwägung	115
6. <u>Maßnahmen der Kartellbehörden</u>	116
a) Eingreifen ist Ermessensfrage	116
b) Auskunftsverlangen	117
c) Beweislast	117
d) Abmahnung vor Eingriffsmaßnahmen	118
e) Untersagungsverfügung	118
f) Besonders vorsichtiges Vorgehen der Kartell- behörden angebracht	119

4. Kapitel

Die Sammelgutempfehlungen aus der Sicht des europäischen Kartellrechts

1. <u>Die kartellrechtliche Stellung der Spedition</u>	120
a) Die Stellung der Verkehrswirtschaft im EWG-Vertrag	120
b) Die Stellung der Spedition	121
2. <u>Leitbilder der EWG-Verkehrspolitik</u>	122
a) Verkehrspolitische Grundlinien	122
b) Referenztarife im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr	122
3. <u>Die Sammelgutempfehlungen im Rahmen der EWG-Wettbewerbsregeln</u>	127
a) Zwischenstaatlichkeitsklausel	127
b) Vorrang des Europäischen Rechts im grenzüber- schreitenden Sammelgutverkehr	128
c) Die Sammelgutempfehlungen und die Verbote der VO 1017/68 als Wettbewerbsregeln im Verkehr ..	129
aa) Wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse	129
bb) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen .	129
4. <u>Die Sammelgutempfehlungen fallen unter die Freistellungsmöglichkeiten der VO 1017/68</u>	131
a) Legalausnahmen	132
aa) Art. 3 f: Zusammenfassung von Einzelladungen	132
bb) Art. 3 c: Gesamtpreise und -bedingungen für Anschluß- und kombinierte Beförderungen ...	132
cc) Art. 3 g: Strukturregeln für Beförderungs- tarife	133
dd) Art. 4: Legalausnahme für Gemeinschaften kleiner und mittlerer Unternehmen	134
b) Die Freistellungsmöglichkeiten	134
c) Das Verfahren der Freistellung	137
d) Rahmen der Wettbewerbsregeln für weitere Wettbewerbsbeschränkungen	138

5. Kapitel

Instrumentalisierung des Wettbewerbsrechts als Alternative zu staatlichen Preisvorschriften

1. <u>Bisherige Erfahrungen mit der Kartelllösung im Sammelgutverkehr</u>	140
2. <u>Ergänzende Instrumente des GWB zur Stabilisierung der Sammelgutmärkte</u>	142
a) Kartelle im gewerblichen Möbel- und Umzugsverkehr	142
b) Voraussetzungen für Kooperationskartelle im Sammelgutverkehr	143
aa) Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge	144
bb) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	144
cc) Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen	145
c) Rationalisierungskartelle	146
d) Spezialisierungskartelle	148
e) Strukturkrisen- und Sonderkartelle	148
f) Wettbewerbsregeln	149
aa) Wettbewerbsregeln im gewerblichen Güterverkehr wegen hohem Organisationsgrad denkbar	149
bb) Die Verhinderung eines "unbilligen Wettbewerbs" legitimiert preisbezogene Wettbewerbsregeln im Güterkraftverkehr	151
cc) Preisbezogene Wettbewerbsregeln auch im Sammelgutverkehr möglich	152
dd) Preismeldesystem	153
g) Kartellfreie Kooperationsformen	154
h) Maßnahmen gegen Nachfragemacht	155
i) Maßnahmen gegen mißbräuchliches Verhalten anderer Spediteure	156
3. <u>Eingeschränkte Übertragbarkeit der Erfahrungen im Sammelgutverkehr auf den Straßengüterfernverkehr</u>	156
4. <u>Wettbewerbsbeschränkende Instrumente zur Unterstützung von Liberalisierungsmaßnahmen</u>	159

Zusammenfassung	163
-----------------------	-----

Anhang: Abdruck der Bedingungen im Sammelgutverkehr

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S
=====

- Aberle, Gerd I Funktionsfähiger Wettbewerb und staatliche Einflußnahme, in: DVWG Reihe B 11, 1971 S. 51-63
- Aberle, Gerd II Der relevante Markt im Spannungsfeld von Preistheorie und Wettbewerbspolitik WiSu 1977, S. 313-317
- Axster, Oliver Das Verbot des "aueinander abgestimmten Verhaltens" in § 25 Abs.1 der zweiten Novelle des GWB, in: WuW 1973, S.605-619
- Ballerstedt, Kurt Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs im GWB, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 37-56
- Batzer, Erich/
Greipl, Erich/
Singer, Eugen Handhabung und Wirkung der unverbindlichen Preisempfehlung, Schriftenreihe des Ifo-Instituts für Wirtschaftsforschung, Bd.Nr. 90, Berlin 1976
- Baum, Herbert Staatlich administrierte Preise als Mittel der Wirtschaftspolitik. Eine empirische Erfolgskontrolle für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1980
- Baumbach, Adolf/
Hefermehl, Wolfgang Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, München 1978, 12. Aufl.
- Baur, Jürgen Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen 1972
- Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft u. Verkehr Wettbewerbskongreß München 1977, München
- Belke, R. Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellnovelle 1973, in: ZHR 1974: Teil III, S. 407-447
1975: Teil IV, S. 51-97, Teil V S.129-156
- Benthien, Thomas Die Haftung des Kraftwagenspediteurs, Bad Schwartau 1973
- Binnenbruck, Horst Zur Systematisierung der Kooperationsmöglichkeiten im Straßengüterverkehr, S. 172-190 in: H. Schmidt: Kooperation im Verkehr 1969

- Böge, Dietrich Mißbrauch gemäß § 102 Abs.2 GWB im Bereich der Versicherungswirtschaft, Dissertation, München 1966
- Bönisch, Walter Der Spediteursammelgutverkehr, Hamburg 1976
- Börner, Bodo Preiskontrollen durch Kartellbehörden nach § 22 GWB, in: Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, Hrsg. B. Börner, Düsseldorf 1977, S. 6-80
- Borchardt, Knut/
Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeherrschung, Stuttgart 1957
- Bundesministerium
für Verkehr Verkehr in Zahlen 1981, Bonn 1981
Neuordnung des Kleingutverkehrs, Hof/Saale 1969
- Bundesministerium
für Wirtschaft Kooperationsfibel, Bonn 1976
- Bundesverband des
Deutschen Güterfern-
verkehrs (BDF) e.V. Verkehrswirtschaftliche Zahlen 1980, Frankfurt/Main 1980
- Bunte, Hans-Jürgen I Zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Konditionenempfehlungen, Betriebsberater, 1980, S. 325-331
- Bunte, Hans-Jürgen II Vertrauensschutz und Verwirkung im Kartellrecht, Betriebsberater, 1980, S. 1073-1081
- Clasen, Bernward Rationalisierungsvorteile und Wettbewerbsbeschränkungen durch Kooperationsformen im Verkehr, Göttingen 1970
- Deringer, Arved Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Düsseldorf 1962 - Loseblattausgabe
- Deutsche Verkehrswissen-
schaftliche Gesellschaft
e.v. (DVWG) Reihe B 11 Fragen des gewerblichen Straßengüterverkehrs, Köln 1971
Reihe B 17 Der Spediteur in der Verkehrswirtschaft, Köln 1973
Reihe B 33 Tarifbildung und Preispolitik, Köln 1976
Reihe B 40 Preisbildung und Tarifpolitik im grenzüberschreitenden Güterverkehr, Köln 1977

- Dinter, Hugo Vertikale Preisempfehlungen im Licht des deutschen Kartellrechts, Dissertation, München 1977
- Ebisch, Hellmuth Wirtschaftsverwaltungsrecht. Ergänzungsband Abschnitt I-V Preisrecht, in: M.v.Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Köln o.J.
- Egler, Joachim Konzentration und Kooperation im gewerblichen Güterfernverkehr, Göttingen 1969
- Ehle, Dietrich Verbot von Empfehlungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach nationalem und EWG-Kartellrecht, NJW 1964, S. 1593-1596
- Emmerich, Volker Wettbewerbsrecht. Eine Einführung, Schriftenreihe der juristischen Schulung, Heft 27, München 1975
- Ewers, Hans-Jürgen Wettbewerbspolitische Ansätze in der deutschen Verkehrspolitik seit den Verkehrsänderungsgesetzen - Eine kritische Analyse -, Göttingen 1971
- Fikentscher, Wolfgang I Die vertikale Preisempfehlung, München 1960
- II Rechtsgutachten über Fragen des Wettbewerbs der Verkehrsträger, Bonn-Bad Godesberg 1963
- III Rechtsgutachten über Fragen des Wettbewerbs der Verkehrsträger (Ergänzung), Bonn-Bad Godesberg 1964
- IV Marktmacht und Preisunterbietung im Verkehr. Ein Rechtsgutachten über Fragen, die bei der rechtlichen Beurteilung von auf Tarifmaßnahmen beruhenden Preisunterbietungen der Deutschen Bundesbahn im Güterverkehr eine Rolle spielen können, Bonn-Bad Godesberg 1970
- V Als-Ob Wettbewerb und Mißbrauchsbegriff unter besonderer Berücksichtigung kartellrechtlicher Fragen der Energiewirtschaft, Frankfurt/Main 1971
- VI Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, in: Probleme des Europäischen Rechts, Festschrift für Walter Hallstein, Frankfurt 1966, S.127 ff

- Freimuth, Wolfgang Zur Frage der Kontingentierung des gewerblichen Straßengüterfernverkehrs in einer marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsordnung, Düsseldorf 1969
- Friedrich, Manfred Die neuen Mißbrauchstatbestände in der 4. Novelle zum GWB (§§ 22 u. 37a Abs.3) BB 1980, S. 1553-1557
- v. Gamm, Otto-Friedrich I Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung NJW 1980 S. 2489-2496
- II Das Kartellrecht der EWG, 2. Aufl., Köln 1969
- Gemeinschaftskommentar Hrsg. Müller-Henneberg, Hans v. Schwartz, Gustav u.a., Kartellrecht 3. Aufl., Köln, 1972 ff; 4. Aufl. 1980 ff
- Gleiss/Hirsch Kommentar zum EWG-Kartellrecht 3. Aufl., Heidelberg 1978
- Gleiss, Alfred/
Hootz, Christian Bereichsausnahme für die Versicherung und Mißbrauchsverbot (§ 102 GWB) NJW 1966, S. 864 ff
- Gottschalk, Udo-Herrmann Ist die Stellung der Spedition als integraler Bestandteil der Verkehrswirtschaft gefährdet? Vortrag gehalten 1971 im Seminar der Daimler Benz AG, Timmendorf: Die Rolle des LKW im Güterverkehr, Zusammenstellung der Fach-Referate S.63-80
- v.d.Groeben, Hans/
v. Boeckh, H./
Thiesing, Jochen Kommentar zum EWG-Vertrag, Baden-Baden 1974, 2. Aufl.
- Gwinner, Klaus Die kartellrechtliche Aufsicht nach § 103-104 GWB bei mißbräuchlich erhöhten Strompreisen in der Elektrizitätswirtschaft, Baden-Baden 1980
- Hallmann, J.B. Praktische Ansätze zur zwischenbetrieblichen Kooperation im Güterkraftverkehr, S. 245-256 in: H. Schmidt, Kooperation im Verkehr 1969
- Hamm, Walter I Preise als verkehrspolitisches Ordnungsinstrument, Heidelberg 1963
- II Die Bedeutung des leistungsgerechten Wettbewerbs im Rahmen der Wettbewerbsregeln, WuW 1975, S. 115-133

- Heimes, Anton Vom Zaumpferd zur Transportindustrie,
Bonn-Bad Godesberg 1978
- Hein, Georg Güterfernverkehrsgesetz (GFG),
Kommentar, Berlin 1936
- Hein, G./Eichhoff, E./
Pukall, A./ Krien, E. Güterkraftverkehrsrecht, Systematische
Sammlung der Gesetze, Verordnungen mit
Verwaltungsvorschriften für den nationalen
und internationalen Güterkraftverkehr
sowie Kommentar zum Güterkraftverkehrs-
gesetz (GüKG) und ergänzenden Vorschriften
Berlin 1968, 3. Aufl., Loseblattsammlung
- Hennig, Werner/
Jarre, Jan Zur Praxis des Bundeskartellamts bei
Konditionenempfehlungen,
DB 1980, S. 1429-1432
- Hennig, Werner/
Paetow, Klaus Zur Praxis des Bundeskartellamts bei
Konditionenempfehlungen,
DB 1978, S. 2349-2353
- Herdzina, Klaus (Hrsg.) Wettbewerbstheorie, Neue wissenschaft-
liche Bibliothek, Band 77, Köln 1975
- Heuss, Ernst Wachstum und Wettbewerbsbeschränkungen,
in: E.-J. Mestmäcker, Hrsg., Wettbewerb
als Aufgabe. Nach 10 Jahren Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen,
Bad Homburg 1968, S. 31-60
- Höfer, Heinrich Abgestimmtes Verhalten - Ein Zentral-
problem der Wettbewerbspolitik,
Köln 1978
- Hoener, Walter J. Der Güterverkehr als wettbewerbspoli-
tischer Ausnahmebereich. Zur Effizienz
und Neuorientierung staatlicher Lenkungs-
maßnahmen auf den Güterverkehrsmärkten
der Bundesrepublik Deutschland
Leverkusen-Opladen 1980
- Hoffmann, Dietrich Die Bedeutung von Preisen und Kosten bei
der Mißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB
(II. Teil), DB 1975, S. 337-339
- Hoppmann, Erich I Zum Schutzobjekt des GWB. Die sog. volks-
wirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre
Bedeutung für die Schutzzweckdiskussion
S. 61-104 in: E.-J. Mestmäcker, Hrsg.,
Wettbewerb als Aufgabe, Nach 10 Jahren
GWB, Bad Homburg 1968, S. 61-104
- II Zur ökonomischen Begründung von Ausnahme-
bereichen, Zeitschrift für National-
ökonomie und Statistik, 1972/73, S.161-169
- III Preiskontrolle und Als-Ob-Konzept,
Tübingen 1974
- IV Das Konzept des wirksamen Preiswettbewerbs
Tübingen 1978

- | | | |
|--|-----|--|
| Huber, Rudolf | | Das Empfehlungsverbot, Stuttgart 1959 |
| Immenga, Ulrich | I | Wettbewerbsbeschränkungen auf staatlich gelenkten Märkten, Tübingen 1967 |
| | II | Schwerpunkte der 4. Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, S. 1417-1423 |
| | III | Politische Instrumentalisierung des Kartellrechts? Tübingen 1976 |
| Immenga/
Mestmäcker (Hrsg.) | | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, München 1981 |
| Ipsen, Hans-Peter | I | Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972 |
| | II | Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, Baden-Baden 1976 |
| Jünemann, E. | | Die Entwicklung des Güterverkehrs auf der Straße in Deutschland und Frankreich, Göttingen 1964 |
| Kästring, Roland/
Dörr, Martin/
Feldner, Hans/
Hromatka, Christiane/
Streser, Dieter | | Der Werkverkehr auf Straßen und Binnenwasserstraßen in der Bundesrepublik Deutschland, Gutachten im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums, Bonn 1979 |
| Kapteina, G.-U. | | § 5b GWB - Mittelstandskooperationen, Bochum 1980 |
| Kapteyn, P.J. | | Europa sucht eine gemeinsame Verkehrspolitik, Brügge 1968 |
| Kartte, Wolfgang | | Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln 1969 |
| Kaufer, Erich | | Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, WiD 1981, S. 565-572 |
| Klaue, Siegfried | I | Zur Problematik der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Versicherungsunternehmen, WuW 1975, S. 5-12 |
| | II | Möglichkeiten und Grenzen einer kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft, in: Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, Hrsg. B. Börner, Düsseldorf 1977, S. 118-130 |
| Kleemann, Gerd | | Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962 |

- Kolonko, Eberhard Das Verbot von wettbewerbsbeschränkenden aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in Art. 85 Abs.1 des Vertrages zur Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Dissertation, Marburg 1971
- Krauss, Günter Möglichkeiten und Grenzen einer gemeinsamen Verkehrspolitik der Europäischen Gemeinschaften, in: ZfVw 1976, S.1-30
- Kuhnt, Dietmar Möglichkeiten und Grenzen einer kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht in der Versorgungswirtschaft, in: Die kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht, Hrsg. B. Börner, Düsseldorf 1977, S.81-117
- Lange, Klaus Verkehr und öffentliches Recht, Göttingen 1974
- Langen/Niederleithinger/
Schmidt Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied 1977, 5. Aufl.
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1975, 3. Aufl.
- Liefekett, Karlheinz Das informelle Auskunftersuchen des Bundeskartellamts, DB 1978, S.339-341
- Löwe/v.Westphalen/
Trinkner Kommentar zum AGB-Gesetz, Heidelberg 1977
- Lukes, Rudolf Preisvergleich und Strukturvergleich bei der Mißbrauchsaufsicht nach §§ 103, 104 GWB, Köln 1977
- Lünsdorf, P. Güternahverkehr und Straßenbelastung in der BRD, Berlin 1972
- Makower, H. Handelsgesetzbuch, Berlin 1906, 13. Aufl.
- Mann, Siegfried Krisenüberwindung und Wettbewerbsrecht, S.83-95 in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, Köln 1979
- Markert, Kurt Kartelle als Mittel staatlicher Wirtschaftsplanung, S.191-202 in: Planung IV, Baden-Baden 1970
- May, Willi Kosten und Preise, in: DVWG Reihe B 17 S.65-78

Die tarifpolitischen Entwicklungen im Spediteursammelgutverkehr, in: DVWG Reihe B 33, S.91-104
- Merkel, Rudolf Zum Schutz des Leistungswettbewerbs durch die Gerichte, BB 1977, S.705 ff und S. 1176 ff

- Reimann, Günter Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden gegenüber den Befolgern freigestellter Empfehlungen im Ausnahmebereich, BB 1961, S.1185-1186
- Reinbothe, Jörg Schlichtung im Urheberrecht, München 1978
- Ridder, Helmut Preisrecht ohne Boden AöR 1962, S.311-335
- Rinck, Gerd Die Empfehlung allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Kontrolle und Registrierung. Wirtschaft und Wettbewerb, 1974, S.290-303
- Rüdel, Alexander Die Zulässigkeit horizontaler Empfehlungen nach deutschem und EWG-Kartellrecht. Köln 1974
- Salje, Peter Preismißbrauch durch Energieversorgungsunternehmen, Köln 1978
- Sandhäger, H. Referenztarife - Ein Beitrag zur europäischen Verkehrsordnung?, Göttingen 1966
- Saupe, Gerd Technische Vereinbarungen und Unternehmensgemeinschaften im Verkehrskartellrecht der EWG, Köln 1972
- Sauter, Herbert Mit dem Kartellgesetz leben. Die Spedition im freien Wettbewerb, in: Deutscher Spediteurtag 74, DVZ-Sonderausgabe, Hamburg 1974, S.133-143
- Schlegelberger
(Bearbeiter) Handelsgesetzbuch. Kommentar von Geßler/Hefermehl/Hildebrandt 5. Aufl. 1977 6. Band
- Schlichting, Wolfhart Idealismus und Realität. Gedanken zur Entstehung und Entwicklung der Spitzenvertretungen des Speditions- und Lagereigewerbes Sonderausgabe der DVZ, Hamburg 1974
- Schlotterer, Peter Verkehrspolitik und Güterverkehr seit 1961 Berlin 1974
- Schmidt, H. (Hrsg.) Kooperation im Verkehr, Bad Godesberg 1969
- Schmidt, Karsten Kartellverwaltungsrecht - Kartellverfahrensrecht - Bürgerliches Recht, Köln 1977
- Schmidtchen, Dieter Methodologische und systemtheoretische Grundsätze der Wettbewerbspolitik, WiD 1978, S.467-476

- | | | |
|-----------------------|-----|---|
| Storsberg, Günter | I | Preisbildung im Güterverkehr, Archiv für Eisenbahnwesen, 1965, S. 357-388 |
| | II | Die Bedeutung der Kleinen Verkehrsreform für die Preis- und Tariffbildung im Güterverkehr, Mainz 1963 |
| | III | Die ökonomische Problematik administrierter Preise im Verkehr, ZfVw 1974, S. 125-142 |
| | IV | Grenzen des Wettbewerbs im Verkehr, ZfVw 1968, S. 65-78 |
| | V | Kooperationshemmnisse im Güterverkehr, in: H. Schmidt, Kooperation im Verkehr, S. 106-112 |
| | VI | Manuskript zum Vortrag "Erfahrungen mit der neuen Kundensatzregelung im Spediteursammelgutverkehr" im Mai 1976 während des 15. Daimler-Benz Transportseminars in Timmendorf |
| Toeche-Mittler, Klaus | | Das Verbandskartell als Instrument der Wirtschaftsplanung, Frankfurt/Main 1969 |
| Tolksdorf, Michael | I | Ruinöse Wettbewerbsprozesse, WuW 1971 S. 285-294 |
| | II | Zur ökonomischen Begründung von Ausnahmebereichen, ZfNSt 1972/73, S. 543-549 |
| Trautmann, Lutz | | Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Preisinformationsverfahren, WuW 1977, S. 227-235 |
| Ulmer, Peter | | Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1972 |
| Ulmer/Brandner/Hensen | | AGB-Gesetz, Kommentar, Köln 1978, 3.Aufl. |
| Veltins, Alexander | I | Die Mittelstandskooperation in Kartellrecht und Praxis, DB 1978, S. 239-241 |
| | II | Beurteilung von Strukturkrisen- und Rationalisierungskartellen, DB 1978, S. 969-971 |
| Voigt, Fritz | | Verkehr. Erster Band, Die Theorie der Verkehrswirtschaft, Berlin 1973 |
| Wägenbaur, Rolf | I | Die Ermächtigung des Rates der EWG zum Erlaß "zweckdienlicher Vorschriften" auf dem Gebiet des Verkehrs, ZHR 1968, S. 217-238 |
| | II | Wettbewerbsregeln für den Verkehr in der EWG, AWD 1968, S. 415-424 |

- | | | |
|--|-----|--|
| Watermann, Heinz-Richard | I | Kartellregelung und gemeinsame Verkehrs-
politik, ZfVw 1968, S. 131-150 |
| | II | Tarifpolitische Vorschläge und Maßnahmen
zur Verwirklichung der gemeinsamen Ver-
kehrspolitik der Europäischen Gemein-
schaften, in: Akademie für Raumforschung
(Hrsg.), Verkehrstarife als raumord-
nerisches Mittel, Hannover 1977,
S. 229-297 |
| Willeke, Rainer/
Aberle, Gerd | | Die Regelung des Marktzugangs als Bestand-
teil einer gesteuerten Wettbewerbsordnung
für den Güterverkehr, ZfVw 1967, S.1-34 |
| Willeke, Rainer/
Baum, Herbert/
Hoener, Walter | | Referenztarife für den grenzüberschrei-
tenden Güterkraftverkehr, ZfVw 1980,
S. 155-181 |
| Willeke, Rainer/
Böttger, Wilhelm/
Baum, Herbert/
Schmidt, Kunibert | | Margentarife für die Binnenschifffahrt,
Düsseldorf 1977 |
| Willeke, Rainer | | Kapazitätsbeschränkung als Instrument
der Verkehrspolitik, ZfVw 1965, S.177-193 |
| Wissenschaftlicher Beirat
beim Bundesministerium
für Verkehr | I | Stellung und Aufgaben der Spedition in
der modernen Wirtschaft, Hof/Saale 1971 |
| | II | Kapazitätsregulierungen im Straßengüter-
verkehr, Hof/Saale 1971 |
| | III | Überlegungen zur langfristigen Verkehrs-
entwicklung, ZfVw 1981, S. 131-153 |
| Wölte, Helmut | | Die Neuordnung des Marktzuganges im
gewerblichen Güterfernverkehr,
Göttingen 1969 |
| Wohlfahrt/Everling/
Glaesner/Sprung | | Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft,
Berlin 1960 |
| Zipfel, Walter | | Preisrecht, Gesetzessammlung, München 1963
(letzter Stand) |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

=====

a. A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1861)
ADSP	Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
ASR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAnz	Bundesanzeiger
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDF	Bundesverband des Deutschen Güterfernverkehrs
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie
BGA	Bundesverband des Deutschen Groß- und Außenhandels
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BSKE	Bedingungen und Entgelte für den Spediteursammelgutverkehr mit Kraftwagen und der Eisenbahn
BSL	Bundesverband Spedition und Lagerei e.V.
BTDrs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
DB	Der Betrieb
DEGT	Deutscher Eisenbahngütertarif
d.h.	das heißt
DIHT	Deutscher Industrie- und Handestag
DVZ	Deutsche Verkehrszeitung
et.al.	und andere
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVO	Eisenbahnverkehrsordnung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f, ff	folgende
GVFG	Güterfernverkehrsgesetz
GG	Grundgesetz
GUKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HDE	Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels
HEPK	Hein/Eichhoff/Pukall/Krien
HGB	Handelsgesetzbuch
i.d.R.	in der Regel
iHv	in Höhe von
KSVO	Kundensatzverordnung
KVO	Kraftverkehrsordnung
LKW	Lastkraftwagen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
RKB	Reichskraftwagenbetriebsverband
RKT	Reichskraftwagentarif
RSL	Reichsgruppe Spedition und Lagerei

S.	Seite, Satz
SGV	Spediteursammelgutverkehr
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
TB	Tätigkeitsbericht
tkm	Tonnenkilometer
to	Tonne
u.a.	unter anderem
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
VKBl.	Verkehrsblatt, Herausgeber: Bundesministerium für Verkehr, Bonn
VO	Verordnung
WiD	Wirtschaftsdienst
WiSu	Das Wirtschaftsstudium
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW Entscheidungssammlung
ZDH	Zentralverband des deutschen Handwerks
ZDL	Zentralverband der deutschen Landwirtschaft
ZfNSt	Zeitschrift für Nationalökonomie und Statistik
ZfVw	Zeitschrift für Verkehrswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht

E I N L E I T U N G

=====

1. Einführung

Zum 30.6.1975 lief die Verordnung PR Nr. 9/66 über Vergütungen im Spediteursammelgutverkehr mit Eisenbahn und Kraftwagen (Kundensatzverordnung), zuletzt im Jahre 1973 geändert, ohne Nachfolgeverordnung ersatzlos aus. Seit 1948 hatte das Bundesministerium für Wirtschaft auf der Basis des Preisgesetzes von 1948 Leistungsbereich und Entgelte im Spediteursammelgutverkehr festgesetzt. Ab 1966 geschah dies in der Form von Margentarifen mit einer ab 1973 nicht mehr heraufgesetzten Preisuntergrenze.

In der letzten Zeit vor Auslaufen der Kundensatzverordnung hatten die Marktpreise deutlich oberhalb der Margenuntergrenze vereinbart werden können. Die Spediteure waren somit behutsam daran gewöhnt worden, im Markt Preise durchzusetzen, die sich an der Margenuntergrenze nur noch orientierten, ohne zwingend auf sie angewiesen zu sein. Dem Orientierungszweck und der Sicherung eines funktionsfähigen Sammelgutverkehrs sollten nach Wegfall der Kundensätze die vom Bundesverband Spedition und Lagerei (BSL) veröffentlichten Empfehlungen von Bedingungen und Entgelten dienen. Diese Empfehlungen waren vorab im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom Empfehlungsverbot freigestellt worden.

Der Spediteursammelgutverkehr hat sich zum entscheidenden Verkehrszweig im Bereich kleinerer, für die Auslastung einer Wagenladung nicht geeigneter Sendungen entwickelt. Er faßt mehrere Einzelsendungen zusammen und befördert sie gemeinsam. Zum gewerblichen Straßengüterfernverkehr, mit dem die Sammelladung heutzutage überwiegend über die große Distanz transportiert wird, besteht ein enger Zusammenhang, zumal ein Spediteur diesen Transport im Wege des Selbsteintrittsrechts mit eigenen Kraftfahrzeugen durchführen kann. Andererseits bestehen erhebliche strukturelle Unterschiede, deretwegen die Spediteure ihre Marktposition gegenüber der verladenden Wirtschaft für so abgesichert hielten, daß sie die sog. "Kartelllösung" nach anfänglichem Sträuben in den Jahren ab 1973 konstruktiv mitge-

staltet hatten.

Dieses Experiment wird im Güterverkehr gerne als Test dafür angesehen, ob eine Kartelllösung auch in anderen Bereichen, wie z.B. im Güterfernverkehr, zum Tragen kommen könnte. Auch nach über 6 Jahren seit Einführung der BSL-Empfehlungen kann ein endgültiges Urteil über ihre Bewährung noch nicht abgegeben werden. Empirische Untersuchungen über Höhe und Struktur der Marktentgelte sind nicht veröffentlicht worden. Das Verhältnis von Markt- und Empfehlungspreisen ist aus der Sicht der Marktteilnehmer und der Kartellbehörden von Bedeutung, weil hohe Abweichungen von den Spediteuren als Nachweis der Funktionsunfähigkeit von Preisempfehlungen im Verkehr angesehen werden, seitens der Kartellbehörden aber als Mißbrauchskriterium wegen überhöhter Empfehlungspreise gewertet werden könnten. Diese Frage bildet einen Schwerpunkt der Arbeit.

2. Überblick

Gegenstand dieser Arbeit ist die im wettbewerbspolitischen Ausnahmebereich Verkehr verankerte Freistellung vom Empfehlungsverbot. Verkehrs- und Wettbewerbsrecht sind hier somit eng verflochten. Allerdings ist üblicherweise weder das Wettbewerbsrecht einem Verkehrsfachmann noch ist die Verkehrsgesetzgebung einem Wettbewerbsfachmann geläufig. Die Darstellung des Sammelgutverkehrs in seiner historischen Entwicklung und Stellung zu den Verkehrsträgern Schiene und Straße muß somit anfangs breiten Raum einnehmen genauso wie im 2. Kapitel die Erläuterung wesentlicher Grundlagen von Wettbewerbspolitik und -recht.

Diese Vorarbeiten u.a. zu den häufig zitierten Begriffspaaren "ruinöse Konkurrenz" und "funktionsfähiger Wettbewerb", sind auch erforderlich, um im 3. Kapitel einen angemessenen Mißbrauchsmaßstab entwickeln zu können. Um eine schematische Handhabung von Mißbrauchskriterien zu vermeiden, ist ein hinreichendes Wissen über die Verkehrswirtschaft als auch über die grundlegenden Weichenstellungen der Wettbewerbspolitik erforderlich.

Im 4. Kapitel wird das Verhältnis der Sammelgutempfehlungen zum europäischen Wettbewerbsrecht untersucht. Während die europäischen Wettbewerbsregeln für den Verkehr weitergehende Wettbewerbsbeschränkungen ausdrücklich zulassen oder als freistellungsfähig qualifizieren, bedarf diese Frage im deutschen Kartellrecht einer besonderen Erörterung.

In Kapitel 5 wird daher der Aspekt untersucht, welche Instrumente im Wettbewerbsrecht neben dem Empfehlungsrecht noch zur Verfügung stehen. Mit dieser Instrumentalisierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wären möglicherweise ernsthafte Marktstörungen im Sammelgutverkehr zu verhindern, die den Ruf nach Wiedereinführung der Kundensatzverordnung auslösen könnten.

KAPITEL 1 =====

RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DIE EMPFEHLUNGEN IM SPEDITEUR- SAMMELGUTVERKEHR

1. Die Funktion des Spediteurs

Mit der Spediteurstätigkeit sind drei Hauptfunktionen verknüpft, die zwar voneinander unabhängig sind, aber dennoch in der Regel gemeinsam ausgeübt werden: ¹⁾

- Die Güterversendung für Rechnung eines Anderen im eigenen Namen durch Frachtführer (§ 407, Abs.1 HGB)
- Die Beförderung des Gutes im Wege des Selbsteintritts als Frachtführer (§ 412 HGB)
- Der Güterumschlag und die Zwischen- oder Dauerlagerung (§§ 416 ff HGB).

Die erste Funktion als Ausgangstätigkeit ist dispositiv. Der Spediteur steht zwischen dem Versender als Nachfrager von Verkehrsleistungen und dem Frachtführer. Der Frachtführer "übernimmt die Beförderung von Gütern" gewerbsmäßig (§ 425 HGB). Der Spediteur ist mehr als ein Makler, da er einem Kommissionär vergleichbar ist ²⁾. Dessen rechtliche Regelung ist subsidiär auf das Speditionsrecht anzuwenden.

Weiter sind meist neben der Bestellung eines Frachtführers mit dem bloßen Spediteurgeschäft eine Reihe von Nebenleistungen verbunden ³⁾, da er kraft seiner Stellung als Wahrer der Belange des Versenders alles zu tun hat, was unter Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes dazu erforderlich ist ⁴⁾. Dazu gehört die Wahl der günstigsten Beförderungsart, die Prüfung des Gutes auf Versendungsfähigkeit sowie die Rechenschaft über die erfolgte Versendung (§§ 675, 666 BGB). Der Versender kann einen Frachtführer auch selbst ohne Einschaltung eines Spediteurs beauftragen. Diese Möglichkeit übt einen gewissen Zwang für die Speditionsbetriebe aus, ihren Service so zu gestalten, daß ihre Tätigkeit für die Verlader schwer zu ersetzen ist.

1) Out, S. 4

2) Schlegelberger - Kommentar zum Handelsgesetzbuch 5. Aufl., München, Band IV, 1977, Anm. 11 zu § 407

3) Schlegelberger a.a.O., Anm. 5e zu § 407

4) Schlegelberger a.a.O., Anm. 2 zu § 408

Die Marktchancen des Spediteurs liegen in der Abstimmung von Verkehrsnachfrage und -angebot mit dem Ziel, dem Ver-lader ein Dienstleistungsbündel zur Erfüllung seiner logi-stischen Erfordernisse anzubieten und dem Frachtführer ei-ne hohe Auslastung zu sichern. Darin liegt auch die beson-dere volkswirtschaftliche Bedeutung der Spedition: Die Transportbedürfnisse der Wirtschaft unter möglichst gerin-gem Verbrauch von Ressourcen kostengünstig zu erfüllen.

Von den drei Hauptfunktionen des Spediteurs lassen sich ver-schiedene Teilfunktionen abspalten, wie z.B. der Empfangs-spediteur, der die Weiterleitung der Güter von seinem An-kunftsschuppen besorgt.¹⁾ Davon zu unterscheiden ist der Abfertigungsspediteur, der im Verhältnis zum Versender in der Regel nicht in Erscheinung tritt, sondern nur für ei-nen Frachtführer sämtliche mit der Abfertigung verbundenen Aufgaben wahrnimmt. Darunter fallen z.B. Lagerung und Um-schlag, Ausfertigung der Beförderungsunterlagen, Frachtbe-rechnung, Zollformalitäten etc.²⁾ Der Frachtführer kann sich somit allein auf den Transport konzentrieren. In enger Ver-bindung mit den staatlichen Tarifregelungen im Straßengüter-fernverkehr erhebt der Abfertigungsspediteur eine entfer-nungsabhängige Abfertigungsgebühr vom Frachtführer i.H.v. 2-6 % der Fracht sowie eine Werbe- und Vermittlungsprovi-sion zwischen 2 und 4 %.³⁾

Diese Provision zu erhalten ist Anreiz für die Frachtführer, auch das Speditionsgeschäft auszuüben, genauso wie das Selbst-eintrittsrecht ein Grund dafür ist, daß viele Spediteure als Frachtführer über Lkw-Konzessionen verfügen. Dadurch können sie selbst am attraktiven Güterfernverkehr auf der Basis staatlich genehmigter und kontrollierter Tarife teilhaben.

Von ca. 5.200 Spediteuren im Jahr 1975, als die Kundensätze ausliefen, verfügten ca. 70 % über eigene Fernverkehrskon-zessionen.⁴⁾ Etwa die Hälfte von ihnen übt eine Spediteurs-

1) Schlegelberger, Anm. 5a zu § 407 HGB

2) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Güterkraftverkehrsrecht, Anm.10 zu § 35 GÜKG

3) Mittendorf-Celfke, S. 148

4) Out Seite 6 und 8

tätigkeit nur in der Abfertigung aus, während ca. 2.000 Spediteure daneben noch weitere Spediteurs- und Lagereifunktionen ausüben ¹⁾. Ende 1979 betrug das gesetzliche Kontingent für den gesamten (allgemeiner, grenzüberschreitender, Bezirks- und Möbel-) Güterfernverkehr knapp 32.000 Genehmigungen ²⁾.

2. Der Spediteur-Sammelgutverkehr

a) Grundschemata

Das HGB sieht für den Spediteursammelgutverkehr (SGV) als Versendung eines Gutes "zusammen mit den Gütern anderer Versender" (§ 413 Abs.2 S.1 HGB) vor, daß der Spediteur wie bei der "Versendung zu einem festen Entgelt" (§ 413 Abs.1 HGB) nur mehr die Rechte und Pflichten eines Frachtführers hat. Dann kann er nur bei besonderer Vereinbarung die übliche Speditionsprovision zusätzlich verlangen. Ohne Vereinbarung kommt nur eine "den Umständen nach angemessene Fracht" in Frage, die höchstens die entsprechende Fracht für eine Einzelversendung ausmachen darf.

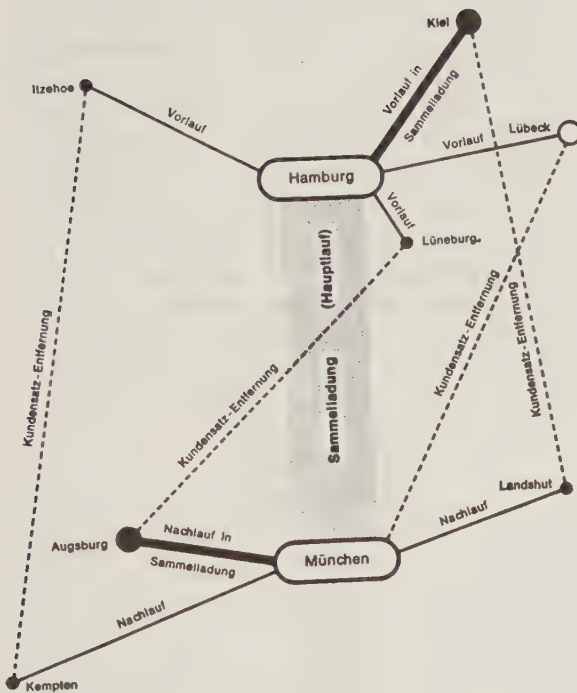
Diese rudimentäre Bestimmung hat kaum noch Bedeutung. Sie wurde bis zur Neufassung der ADSP im Jahre 1977 durch § 14b a.F. dadurch ergänzt, daß der Spediteur dem Versender für die Versendung in Sammelladung einen entsprechenden Vorteil zu gewähren hatte. Darin kommt der tragende Gedanke des SGV zum Ausdruck: Die Beförderung auf die lange Strecke erfolgt konzentriert in Sammelladung zum Tarif einer ganzen Wagenladung von z.B. 20 to. Die Wagenladungsfracht erhält der Frachtführer. Die Summe der Entgelte für die einzelnen Versendungen erhalten die beteiligten Spediteure. Die Differenz zur Wagenladungsfracht, die einen Teil der fixen Kosten darstellt, ist sehr stark von der Auslastung der Wagenladung abhängig. Mit steigender Auslastung nimmt der Anteil dieser Fracht am gesamten Entgelt ab. Damit ist eine der sog. Besonderheiten der Verkehrswirtschaft, die in Ziff. 5 dieses Kapitels näher erläutert werden, auch im SGV gegeben.

Der Kostenvorteil für die Verloader liegt darin, daß die Entgelte pro Sendung unter denen liegen, die im allein

1) Verkehrswirtschaftliche Zahlen, S. 16

2) Verkehrswirtschaftliche Zahlen, S. 17

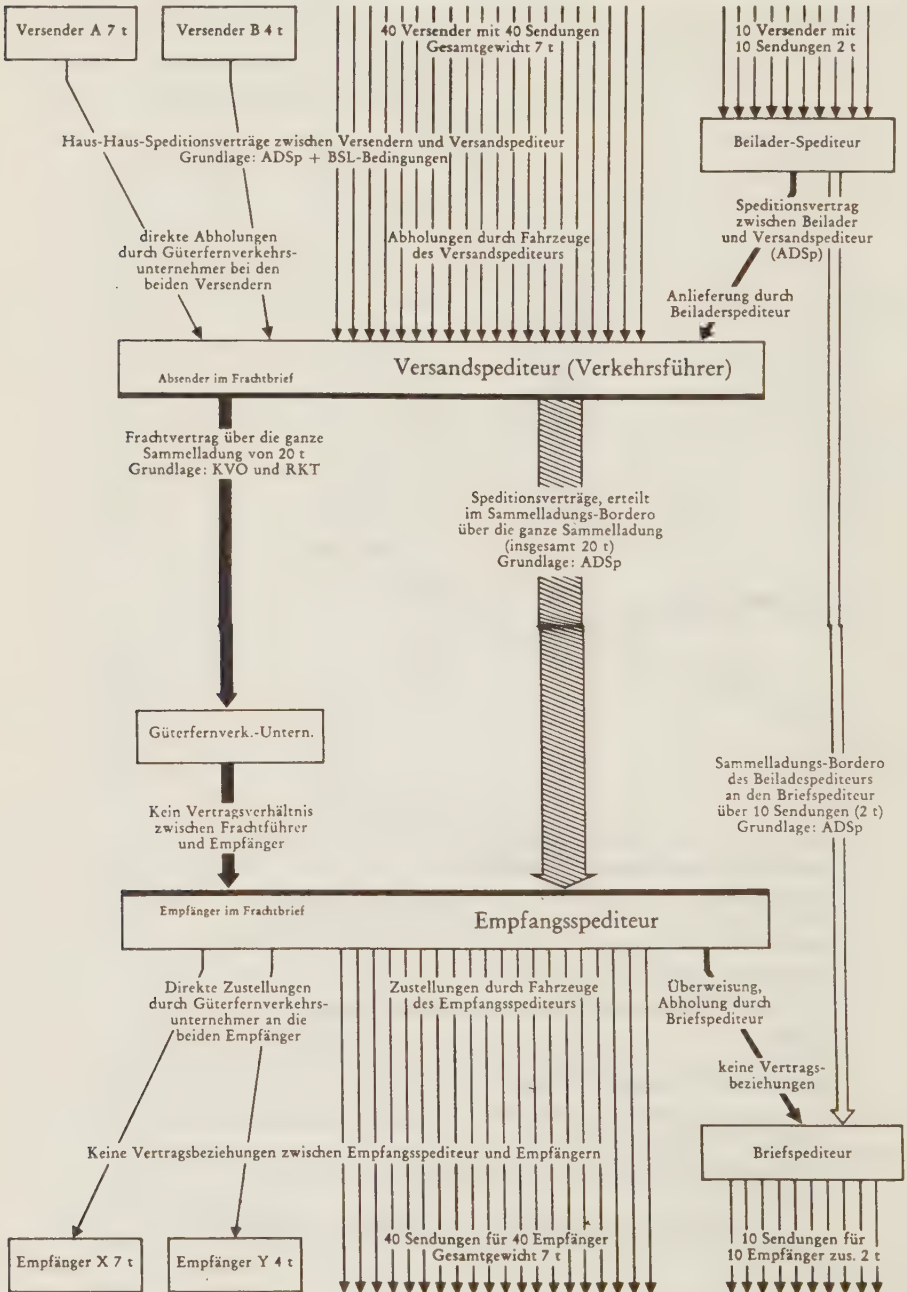
Abbildung 1



1. Die Kundensatzentfernungen sind grundsätzlich paritätisch für den Spediteursammelgutverkehr per Kraftwagen und per Eisenbahn.
2. Die Kundensatzentfernung ist die direkte unmittelbare RKT-Entfernung zwischen Übernahmeort und Übergabeort unabhängig davon, welchen Weg das Gut tatsächlich zurücklegt.
3. Der Spediteur ist frei in der Transportdurchführung.
4. Die tatsächliche Beförderungstrecke ist fast immer länger als die Kundensatzentfernung.
5. Der Kunde hat eine feste Kalkulationsbasis und einen durchgehenden Kundensatz trotz gebrochener Transportdurchführung.
6. Die Stilllegung von Stückgutbahnhöfen beeinträchtigt nicht die Entfernungsermittlung im Spediteursammelgutverkehr.
7. Die Feststellung der Kundensatzentfernung ist vereinfacht; es bedarf keiner fiktiven Hilfspunkte.
8. Bei 24 großen Sammeladungsplätzen gilt aus Vereinfachungsgründen Gemeindetarifsbereich Mitte als entfernungsbildender Bereich.

Abbildung 2

Schematische Darstellung der Vertragsbeziehungen bei einer Kraftwagensammelladung



durch Frachtführer betriebenen Stückgutverkehr berechnet würden, zumal dieser Verkehr in der Praxis nicht auf kleinere Sendungen eingerichtet ist. Aus Abb. 1 läßt sich das Grundschema des SGV über Vorlauf, Hauptlauf in Sammelladung und Nachlauf erkennen.

Als lex-specialis zum SGV kam die 1948 eingeführte und in den späteren Jahren im Anwendungsbereich immer stärker bis zur endgültigen Aufhebung im Jahre 1975 eingeschränkte Kundensatzverordnung zum Tragen. Sie regelte wie die jetzt geltenden empfohlenen "Bedingungen und Entgelte für den Spediteursammelgutverkehr mit Kraftwagen und Eisenbahn" (BSKE) den Leistungsbereich, die Bedingungen und Entgelte. Die BSKE sind im Anhang der Arbeit abgedruckt. Eine nähere Beschreibung erfolgt in Kapitel 3 II, wenn die Mißbrauchsaufsicht durch das BKartA behandelt wird.

Aus Abb. 2 sind mögliche Varianten im SGV erkennbar. Daraus lassen sich vier Arten der Spediteurstätigkeit herausfinden, nämlich der Versand-, Empfangs- und Briefspediteur sowie der beiladende Spediteur. Der breite Strich verdeutlicht die Konzentration des Transportvorganges auf dem größten Teil einer Strecke. Dazu kommt eine weitere Konzentrationsmöglichkeit durch Bündelung von Vor- oder Nachlaufsendungen für andere Sammelladungstransporte. Es ist evident, daß Vor- und Nachlauf sowie die Zusammenstellung und Disposition der Sammelladung neben der Fracht für den Hauptlauf ein weiterer Kostenfaktor ist. Als Faustformel beträgt die Wagenladungsfracht etwa $\frac{1}{3}$ bis max. $\frac{1}{2}$ des gesamten Sammelladungsentgelts ¹⁾ Die Höhe der Wagenladungsfracht wird durch die staatlich genehmigten und kontrollierten Tarife im Bahn- und Straßengüterfernverkehr bestimmt. Darin schon zeigt sich der enge Zusammenhang zwischen dem SGV und dem übrigen Güterverkehr, auf den Ziff. 4 dieses Kapitels zurückkommt.

¹⁾ Bönisch, Seite 68

b) Definition des Spediteursammelgutverkehrs

Eine einheitliche Definition des SGV gibt es genauso wenig wie publizierte statistische Angaben über die in diesem Verkehr erbrachten Leistungen. § 1 Ziff. 1 Satz 2 der BSKE definiert das Sammelgut als Zusammenfassung der Güter mehrerer Versender bei der Versendung. Eine Sammelladung kann durch Beiladung von weiteren Gütern anderer Spediteure (Beilader) ergänzt werden. Entscheidend ist, daß die Versendung mehrerer Sendungen nur eines Versenders nicht genügt. ¹⁾ Während Versendung als "Verlagerung von einem Ort an einen anderen Ort" (durch den Spediteur) bezeichnet werden kann", ²⁾ wird die Sendung in § 4 Ziff.2 der BSKE als das von einem Versender für einen Empfänger vom Spediteur gleichzeitig übernommene Gut definiert. Dies entspricht § 4a der Anlage zu § 2 Abs.3 der Kundensatz VO von 1951. Der BDI hat in seiner Stellungnahme vom 23.6.1975 kritisiert, daß eine Sendung nur bei gleichzeitiger Übernahme vorliege. Darin käme das Bemühen zum Ausdruck, wegen der höheren Kg-Entgelte für kleinere Sendungen möglichst viele Einzelsendungen berechnen zu können. Eine Übernahme zu einem anderen Zeitpunkt bedingt aber für den Spediteur i.d.R. einen höheren Aufwand, so daß die Differenzierung sachgerecht ist und vom BKartA genausowenig wie andere Bestimmungen der BSKE gerügt wurde (im einzelnen dazu Kapitel 3 II). Die Definition des SGV in den BSKE ist sehr weit, da alle Arten und Formen des SGV erfaßt werden sollen. ³⁾ Die Kundensatzverordnung PR 73/51 vom 26.10.1951 (VkB1 1951, Seite 381) hatte in § 1 Abs. 1 ebenfalls einen weiten Begriff verwandt, der durch die späteren Verordnungen verengt wurde, um mehr Raum für freie Preisvereinbarungen zu schaffen. Somit liegt die weite Definition der BSKE auf der später noch erwähnten Linie des BSL, auf die Kundensatzverordnung von 1951 zu rekurrieren. Daneben gibt es andere Definitionen. Z.B. verwendet der Ausnahmetarif Nr. 901 des RKT für die Lkw-Wagenladungen im SGV den engsten Begriff, wonach

1) Bönisch Seite 27

2) Schlegelberger, Anm. 5 zu § 407 HGB

3) Bönisch Seite 25

- die Versendung im Hauptlauf (s. Abb.1) von einem bestellten Abfertigungsspediteur an einen Empfangsspediteur
- als Zusammenfassung der Güter von mindestens 3 Verladern
- an mindestens 3 verschiedene Empfänger
- sowie innerhalb bestimmter Gewichtsgrenzen erfolgen muß ¹⁾.

Durch die Neufassung von § 20 Abs.2 Satz 2 des Güterkraftverkehrsgesetzes (GÜKG) im 6. Änderungsgesetz vom 19.6.1969 (BGBl I Seite 557) wurde für den Bereich des GÜKG geklärt, daß es für die Qualifikation als SGV genügt, wenn eine Sendung nicht ausschließlich allein aus dem Gut eines Versenders besteht ²⁾. Das GÜKG bildet die Rechtsgrundlage für den gesamten Straßengüterverkehr, sei es Nah-, Fern- oder Werkverkehr. § 20, Abs.2, Satz 2 legt für den SGV den anteiligen Frachtsatz der Wagenladung im Güterfernverkehr als Preisuntergrenze zugrunde. Damit ist klargestellt, daß es nicht genügt, wenn die Summe der Sammelladungsentgelte mindestens der Wagenladungsfracht entspricht, wie dies aus dem Urteil des BGH vom 28.4.1967 MDR 1967, Seite 735 entnommen werden konnte. Z.B. muß bei einer Sendung von 15 to, die sich auf zwei Partien zweier Versender zu 5 to und 10 to aufteilt, mindestens der Eindrittel- bzw. Zweidrittelanteil des 15 to Frachtsatzes gefordert werden. Früher war es - frachtrechtlich - möglich, dem Versender mit der 5 to Partie die höhere 5 to RKT-Fracht in Rechnung zu stellen und den anderen Versender mit weniger als dem Zweidrittelanteil am 15 to Frachtsatz zu belasten. Wie oben bereits angeschnitten, müssen in der Praxis die Entgelte im SGV wegen der Regiekosten und des Vor- und Nachlaufs deutlich über den anteiligen Fernverkehrsfrachtraten liegen.

c) Abgrenzungen zum DEGT- und RKT-Stückgutverkehr

Der SGV steht heute in unmittelbarer Konkurrenz zum Bahnstückgutverkehr. Der Bahnexpressgutverkehr dient mehr der

1) Bönisch, S. 25

2) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 16 zu § 20 GÜKG

Beförderung von Reisegepäck bei einem geringen durchschnittlichen Sendungsgewicht ¹⁾. Dieses Gewicht liegt beim Bahn-Stückgut etwa bei 95 kg und beim RKT-Stückgut bei ca. 1.000 kg, während das durchschnittliche Sendungsgewicht im SGV ca. 300 kg beträgt ²⁾. Demgegenüber ist der RKT-Stückguttarif eher als Tarif für den Vor- und Nachlauf im Güterfernverkehr anzusehen und von seiner Struktur her mit dem SGV weder vergleichbar noch in der Praxis eine so direkte Konkurrenz wie der Bahn-Stückgutverkehr.

Der Bahnstückgutdienst wurde 1970 von ca. 4.000 Zielbahnhöfen auf ca. 1.000 verringert und 1976 mit dem "Modell 400" auf 400 Bahnhöfe reduziert. Die Spediteure kritisieren die Dumping-Preise der Bahn. Tatsächlich ist der Bahnstückgutverkehr außerordentlich defizitär und sehr personalintensiv ³⁾. Die Bahn konnte sich bisher nicht dazu entschliessen, den Stückgutverkehr mit seinen ca. 50.000 Beschäftigten einzustellen oder auf die wichtigsten Knotenpunkte zu beschränken, obwohl inzwischen sogar bestritten wird, daß der Stückgutverkehr auch nur noch in der Lage ist, seine variablen Kosten einzufahren. 1981 wurden neue Gespräche mit den Spediteurverbänden aufgenommen, wie eine Kooperation mit der Bahn aussehen könne, falls diese ihren Stückgutverkehr weiter einschränken sollte. Ein Ergebnis ist bisher aber noch nicht bekannt. Wird die Konkurrenz des Bahn-Stückgutverkehrs, die für einen Versender eine jederzeit vorhandene Substitutionsmöglichkeit darstellt, vermindert, würde dies erhebliche Auswirkungen auf die Marktstellung des SGV und die Mißbrauchsaufsicht über die BSKE haben. Derzeit erfolgt der häufig wiederholte Hinweis der Spediteure, daß bei etwa gleichen Entgelten der SGV kostendeckend und der Bahn-Stückgutverkehr verlustbringend sei und nur die Hälfte seiner Kosten erwirtschaftet ⁴⁾.

1) K.H. Hammer, "Überlegungen zur optimalen Arbeitsteilung im Kleingutverkehr" in DVWG Reihe B 17, 1973, S. 88

2) Hammer a.a.O., S. 89 u. 90

3) u.a. Hammer a.a.O., S. 82

4) u.a. W. May, "Die tarifpolitischen Entwicklungen im Spediteursammelgutverkehr" in DVWG Reihe B 33, 1976, S. 96

Derzeit besteht darüber hinaus die Situation, daß die Bahn im Stückgutverkehr ihr eigener Konkurrent dadurch ist, daß sie sich im Bahnsammelgutverkehr als Frachtführer im Hauptlauf für die Bahn-Sammelgutspediteure betätigt. Dies wird insbesondere von der Gewerkschaft der Eisenbahner Deutschlands kritisiert, die am Stückgutverkehr ein besonderes Interesse hat ¹⁾, wogegen die Vertreter der Bahn bestätigen, weiterhin an der bewährten Zusammenarbeit im Bahn-Sammelgutverkehr festhalten zu wollen. Einige Daten über die erbrachten Verkehrsleistungen finden sich in Ziff. 2e dieses Kapitels.

d) Der Sammelgutvertrag

Aus Abb. 1 läßt sich die Vielfalt der Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten im SGV erkennen. Im Vordergrund dieser Arbeit steht das von den BSKE erfaßte Vertragsverhältnis zwischen Versender und Sammelgutspediteur.

Nur wenn die Versendung als Sammelgut ausdrücklich schriftlich ausgeschlossen ist, muß der Spediteur eine Einzelversendung und keine Sammelversendung vornehmen. Dies wird sowohl in § 1 Ziff.3 der BSKE als auch in § 14a der Allgemeinen Deutschen Speditionsbedingungen (ADSP) bestimmt, die nach § 2a ADSP i.d.R. auf alle Speditionsgeschäfte mit Kaufleuten oder Nichtkaufleuten Anwendung finden. Die ADSP wurden bereits 1927 im Einvernehmen zwischen Speditionsgewerbe und den Wirtschaftsverbänden eingeführt und seitdem praktiziert.

Die ADSP regeln insbesondere die Haftung des Spediteurs und die allgemeinen Grundsätze zum Leistungsumfang und Entgelt. Das BKartA sah in ihnen eine "fertig bereitliegende Rechtsordnung", auf die gewohnheitsmäßig zurückgegriffen wurde. Änderungen ist das BKartA bis zur Novelle des GWB im Jahre 1973 mit dem Hinweis auf das Empfehlungsverbot entgegengetreten ²⁾. 1977 wurden die ADSP in neuer

-
- 1) Bundesminister für Verkehr, F 35 der Schriftenreihe, Hof, 1969, Neuordnung des Kleingutverkehrs, Seite 40 u. 43
 - 2) BKartA Tätigkeitsbericht 1977, BTDr. 8/2980, Seite 89

Bearbeitung als Konditionenempfehlung ohne wesentliche Beanstandungen veröffentlicht. Aus § 14b ließ das BKartA aber den Absatz streichen, wonach ein Spediteur einem Versender im SGV einen entsprechenden Vorteil zu gewähren hatte. Das BKartA sah darin eine unzulässige Preisregelung, die einem Spediteur die Entscheidungsfreiheit über die Nachlaßgewährung nehmen würde. Dieser Nachlaß ist aber ohnehin so bedeutsam, daß ein Spediteur davon in der Praxis nicht abgehen kann. Ein wirtschaftlicher Sinn ist für diese vom BKartA verfügte formale Schlechterstellung der von den ADSP betroffenen Verladern kaum zu erkennen. Vor einem Schematismus in der Kartellrechtspraxis durch das BKartA wird im folgenden noch gewarnt, da er bei der Mißbrauchsaufsicht über die Entgelte einmal das ganze Liberalisierungsexperiment gefährden könnte.

Es ist allerdings umstritten, in welchem Umfang auf den Sammelgutvertrag neben den BSKE die ADSP Anwendung finden oder ob stattdessen die zwingenden Regelungen des GÜKG und der KVO ¹⁾ Platz greifen. Das verkehrsrechtliche Schrifttum möchte den Geltungsbereich der - für den Spediteur im Ergebnis strengeren - KVO-Gefährdungshaftung möglichst einschränken. ²⁾ Im SGV sei das reine Frachtführergeschäft und somit die KVO-Geltung beschränkt auf den Hauptlauf im Güterfernverkehr mit Lkw. Für die übrigen Tätigkeiten wie Sammeln, Lagern und Verteilen würden die ADSP gelten.

Demgegenüber stellt sich der BGH in st. Rspr. auf den Standpunkt, daß die KVO für den gesamten Sammeladungsverkehr gilt, wenn der Hauptlauf im Güterfernverkehr erfolgt³⁾. Es gibt zwar nach der klaren Entscheidung des BGH im Jahre 1972 abweichende OLG-Urteile in Randfragen ⁴⁾

-
- 1) Die KVO ist für die Stellung der Frachtführer im Güterfernverkehr mit Lkw weitgehend zwingendes Recht mit vergleichbarem Regelungsgegenstand wie die ADSP für den speditionellen Bereich
 - 2) u.a. T. Beuthien, Seite 126 folgende m.w.N.; Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Vorbemerkung zu § 29 KVO
 - 3) BGH NJW 1972, Seite 867; BGH NJW 1963, Seite 877
 - 4) Nachweise bei Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, a.a.O.

Die Konsequenzen aus dem BGH-Urteil für den SGV und das allgemeine Speditionsrecht werden aber als so gravierend angesehen, daß seitens der Speditionswirtschaft eine Novellierung der §§ 407 HGB in den Teilen angestrebt wird, in denen die zwingende Frachtführerhaftung zu unzweckmäßigen Ergebnissen führen würde, ¹⁾ mit dem dringenden Appell, die Vertragsfreiheit im Speditionsrecht wieder herzustellen. Nach Wegfall der staatlich administrierten Tarife im SGV, was von der vorliegenden Rechtssprechung natürlich noch nicht berücksichtigt werden konnte, erscheint die Geltung des unabdingbaren Rechts der KVO anstelle der ADSP nicht mehr angemessen. Da ADSP oder KVO nur ergänzend neben den vom BSL empfohlenen Bedingungen gelten und keine Kollision mit den jeweiligen Bestimmungen ersichtlich ist, bleibt im Ergebnis nur festzuhalten:

Zwischen Versender und Spediteur wird ein Speditionsvertrag geschlossen, der (es sei denn, dies ist schriftlich abbedungen) zur Sammelversendung berechtigt und aus Gründen der Frachtersparnis im Interesse des Versenders den Spediteur sogar zur Sammelgutversendung verpflichtet. ²⁾ Dem Vertrag liegen die BSKE zugrunde, die von den Speditionen regelmäßig verwandt werden. Sie gelten nach § 2 AGBG zwischen Kaufleuten auch ohne besonderen Hinweis und im Verhältnis mit den wenigen Nichtkaufleuten im SGV nur unter besonderem Hinweis.

e) Statistische Daten zum Spediteurssammelgutverkehr

aa) Anteil an der volkswirtschaftlichen Wertschöpfung.

1) H. de la Motte, S. 2

2) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 17 zu § 20 GÜKG;
und so schon Makower, Anm. IIIa zu § 413 HGB

Im Jahre 1980 betrug die Bruttowertschöpfung aller Wirtschaftsbereiche in der Bundesrepublik DM 1.507 Mrd. Darunter versteht man die Summe der in einer Volkswirtschaft entstandenen Erwerbs- und Vermögenseinkommen.¹⁾

Der gesamte Verkehr hatte daran einen Anteil von 3,5 %, d.s. DM 52,7 Mrd. Auf den gewerblichen Güterkraftverkehr (Güteran- und -fernverkehr incl. Spedition, Lagerei und Verkehrsvermittlung, also ohne Werkverkehr, dessen Wertschöpfung dem jeweiligen Wirtschaftsbereich zugerechnet wird) entfielen DM 20,7 Mrd. und somit ein Anteil von 39 % am Verkehr insgesamt²⁾.

Bemerkenswert ist, daß der Anteil der gesamten Verkehrswirtschaft an der Bruttowertschöpfung seit 1960 zurückging, der Anteil des Güterkraftverkehrs an der Bruttowertschöpfung leicht, am Verkehrsbereich stark zunehmen konnte:

	(1) Volkswirtschaftl. bruttowertschöpfung in DM Mrd. in jeweil.Preisen	(2) Anteil der Verkehrswirtschaft in %	(3) Anteil des gewerbli. Güterkraftverkehrs in % von (1)	(4) Anteil des gewerbli. Güterkraftverkehrs in % von (2)
1960	301,6	4,7 %	1,16 %	25 %
1965	453,6	4,2 %	1,31 %	31,5 %
1970	583,3	4,0 %	1,42 %	36 %
1975	1.049,1	3,5 %	1,31 %	37,3 %
1980	1.507,4	3,5 %	1,37 %	39,2 %

Für den Spediteursammelgutverkehr betrugen die gesamten Frachteinnahmen im Jahre 1980 ca. DM 5,1 Mrd.³⁾ und im gewerblichen Güterfernverkehr ca. DM 7,5 Mrd. Zur Ermittlung der Wertschöpfung ist die Summe aus Vorleistungen,

1) Stobbe Seite 106, 331

2) Verkehr in Zahlen 1981, Seite 59

3) Darüber gibt es keine amtliche Statistik. Die Zahl wurde vom BSL angegeben.

Abschreibungen und indirekten Steuern abzuziehen. In jedem Fall wird die im Vergleich zum Güterfernverkehr beachtliche Größenordnung des SGV sichtbar.

bb) Anteil des Spediteursammelgutverkehrs am Verkehrsaufkommen

Auch für Verkehrsaufkommen (in Mio t) und Verkehrsleistung (in Mio tkm) gibt es keine offiziellen, auf den SGV bezogenen, statistischen Angaben. Der BSL hat aus der Gütergruppe 99 "Besonderes Transportgut, Sammel- und Stückgut" ¹⁾ unter Zuhilfenahme einer weitergehenden Differenzierung durch die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr und mittels eigener Berechnungen und Schätzungen für das Jahr 1980 ein Transportvolumen des SGV von 18,2 Mio t errechnet, davon 17,6 Mio t auf der Straße und 0,6 Mio t im Bahnsammelgutverkehr. Angaben über die Verkehrsleistung existieren nicht.

Gemessen am gesamten Aufkommen des Straßengüterfernverkehrs im Jahre 1980 von 140,3 Mio t erscheint dieses Speditionsaufkommen nicht hoch. Im Eisenbahnverkehr werden 361,3 Mio t, im Werkfernverkehr 99,6 Mio t und mit ausländischen LKW 50,6 Mio t befördert ²⁾.

Im Vergleich zum gesamten Kleingutbereich zeigt sich die auf diesem Sektor herausragende Rolle des SGV. Bemerkenswert war die Entwicklung in den letzten 10 Jahren:

	Bundespost	Bundesbahn		Güterfern- verkehr	Spediteur- sammelgut	
	Paketverkehr	Stückgut	Expreßgut	RKT-Stückgut	Straße	Bahn
1970 ³⁾	1,5 Mio t	5,5 Mio t	0,8 Mio t	3,0 Mio t	8,9 Mio t	1,2 Mio t
1980 ⁴⁾	1,0 Mio t	3,5 Mio t	0,5 Mio t	3,9 Mio t	17,6 Mio t	0,6 Mio t

1) Statistisches Jahrbuch 1981 für die Bundesrepublik Deutschland, Wiesbaden, 1981 S. 283

2) Verkehr in Zahlen 1981, S. 171 und Angaben des BSL

3) Hammer a.a.O. S. 83

4) Angaben des BSL

Während sich das Aufkommen der öffentlichen Unternehmen deutlich zurückbildete, konnte der SGV in den letzten 10 Jahren sein Volumen auf der Straße annähernd verdoppeln.

Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang weiter, daß das Wagenladungsaufkommen in etwa auf dem Ende der Sechziger Jahre erreichten Niveau stagnierte, während der Straßengüterfernverkehr sein Aufkommen in den Jahren von 1970 bis 1980 ebenfalls beinahe verdoppelt hat ¹⁾.

Der grenzüberschreitende Straßengüterverkehr in der Gütergruppe 99 (von der nur ein Teil als SGV angesehen werden kann) konnte sich auch von 1970 bis 1979 verdoppeln. Sein Anteil am grenzüberschreitenden Straßen-güterverkehr sank aber von ca. 3 % auf nur noch weniger als 2 % ²⁾.

1) Verkehr in Zahlen 1981, S. 170 f

2) Verkehrswirtschaftliche Zahlen 1980, S. 43

3. Entwicklung des Spediteur-Sammelgutverkehrs

a) Die Entwicklung bis zum 2. Weltkrieg

Von einem Sammelladungsverkehr im heutigen Sinn kann man erst seit Einführung eines einheitlichen Tarifwerkes der Deutschen Eisenbahnverwaltungen für das Deutsche Reichsgebiet im Jahre 1877 sprechen¹⁾. Natürlich waren die expeditionellen Funktionen wie Sammeln, Befördernlassen und Verteilen schon früher ausgeprägt und wurden von spezialisierten Berufen wie den Gutsfertignern und Bestättern wahrgenommen. Die erste Bestätter-Ordnung geht auf das Jahr 1565 in Nürnberg zurück²⁾. Diese Bestätter, die man mit den heutigen Abfertigungsspediteuren vergleichen könnte, hatten für die Abwicklung der Waren dem Zoll- und Stapelrecht der Gemeinden entsprechend sowie für die Auswahl von zuverlässigen Fuhrleuten zu sorgen.

Aber auch die später entwickelten Speditionsketten mit der Einschaltung von Zwischenspediteuren³⁾ sind nicht als Vorstufe des Sammelladungsverkehrs im heutigen Sinne zu bezeichnen. Folgerichtig enthielt auch Art. 384 des ADHGB von 1861 als Vorgänger des § 413 HGB nur die Versendung zu festen Spesen und nicht die Versendung im SGV, die erst durch § 413 Abs.2 des HGB von 1896 geregelt wurde. Denn die ökonomische Funktion der zusammengefaßten Beförderung von Stückgütern als Wagenladung konnte sich erst mit der Unterscheidung des Eisenbahntarifs von 1877 in Stückgut, Eilgut, Spezialgut und Wagenladungen entwickeln.

Die Frachtsätze für Wagenladungen lagen bei etwa 6 Pfg. pro tkm und für Stückgut bei 11 Pfg. pro tkm. Damit war der Anreiz für die Sammlung von Stückgut für die Beförderung in Wagenladungen gegeben⁴⁾. Schon 2 Jahre später hatte sich dieser Verkehr so gut entwickelt, daß die Bahn 1879 beabsichtigte, die Wagenladungs- und Stückguttarife so zu ändern, daß der SGV zum Erliegen gekommen wäre. Diese Gefahr wurde im Zuge der Leipziger Zusammenkunft

1) Schlichting , Seite 10

2) Precht, Seite 28 folgende

3) Heimes, Seite 18

4) R. Meyer, Seite 56

der Spediteure Anfang 1880 und der anschließenden Gründung des Vereins Deutscher Spediteure e.V. (VDS) abgewendet ¹⁾. Der VDS kann als Vorläufer des BSL angesehen werden, der heute die Empfehlungen im SGV ausspricht.

Dennoch führte die Bahn später im Jahre 1898 einen degressiven Stückgutstaffeltarif ein, der bei Entfernungen über 500 km schließlich Frachtsätze von nur 6 Pfg. pro tkm vorsah und dadurch den SGV zurückdrängte ²⁾.

Da der Stückgutverkehr für die Bahn teurer als der Wagenladungsverkehr war, wurden 1917 und verstärkt 1927 die Stückguttarife wieder angehoben. Die weitere Entwicklung des SGV wird bereits vom zunehmenden Konkurrenzkampf zwischen Schiene und Straße bestimmt und zieht sich wie ein roter Faden durch die Entwicklung des Deutschen Speditionsgewerbes ³⁾.

Die Bahn versuchte in der Folgezeit, die Spediteure durch Ausschließlichkeitsvereinbarungen an sich zu binden, was insbesondere im Zuge des sog. "Bahnspeditionsvertrages von 1932" (auch "Schenker-Vertrag") zu einer deutlichen Trennung von Bahn- und Lkw-Sammelgutspeditionen führte. Denn im Kern verbot dieser kartell- und verkehrsrechtlich stark kritisierte Vertrag ⁴⁾ sämtlichen im Bahnsammel- und Stückgutverkehr tätigen Spediteuren ebenso wie bahn-eigenen Speditionsunternehmen, sich ohne ausdrückliche Einwilligung der Bahn im Nah- und Fernverkehr mit Kraftwagen zu betätigen.

Da auch mit dieser Maßnahme die Position der Bahn gegenüber dem Lkw nicht gesichert genug erschien, wurde im Anschluß an das GFVG von 1935 (Vorgängerin des heutigen GUKG wie im nächsten Abschnitt näher erläutert) die Selbstverwaltung des Speditionsgewerbes, die "Reichsverkehrsgruppe Spedition und Lagerei" (RSL) mit Wirkung zum

1) Schlichting , Seite 16

2) R. Meyer, Seite 56

3) Schlichting , Seite 16

4) z.B. das von R. Meyer, Seite 32 kurz erläuterte Rechtsgutachten von Isaac

30.3.1936 ermächtigt, Kundensätze im Sammelgutverkehr auf Schiene und Straße als verbindliche Entgelte festzusetzen. Kurz darauf wurden die "Einkaufspreise" im SGV, d.h. die Wagenladungstarife, deutlich durch Vereinbarung von gleichermaßen im Eisenbahn- (= DEGT) und Kraftverkehrstarif (= RKT) geltenden Ausnahmetarifen herabgesetzt. Dadurch wurde der SGV sowohl für die Spediteure als auch die Verlader wieder attraktiv.

b) Die Kundensatzverordnungen auf der Basis des Preisgesetzes von 1948

Nach dem 2. Weltkrieg war der SGV zusammengebrochen und erhielt erst mit der Rechtsverordnung PR 148/48 von Ende 1948 auf der Basis von § 2 des Preisgesetzes (= "Übergangsgesetz über Preisbildung und -überwachung") vom 10.4.1948 und mit dem Wiederaufbau der Umschlagseinrichtungen auf den Bahnhöfen ¹⁾ wieder eine Grundlage. Die VO PR 148/48 vom 29.12.1948 hatte sich eng an den Stückguttarif der Bahn angelehnt und bestimmt, daß der Kundensatz den entsprechenden Stückgutsatz nicht überschreiten dürfe ²⁾.

Etwa ein Jahr vor Verabschiedung des GÜKG, ersetzte die VO PR 73/51 (VkB1 1951, Seite 381 folgende) die VO von 1948. Somit setzte der Gesetzgeber die Reglementierungen des SGV fort, da er die gesamtwirtschaftlichen Gründe dafür fortbestehen sah ³⁾. Die Situation entsprach somit der Fortführung von Kontingentierung und Tarifpflicht im Straßengüterfernverkehr.

Die VO 73/51 ist von besonderer Bedeutung als Basis der zahlreichen, bis zum 30.6.1975 erlassenen Folgeverordnungen und vor allem als Anknüpfungspunkt, den der BSL für die Entwicklung der BSKE im Jahre 1975 auswählte.

- 1) R. Meyer, Seite 59

2) Bönisch, Seite 84

3) Bönisch, Seite 84

Der Anwendungsbereich der VO 73/51 wurde ab 1961 bis zuletzt 1974 stetig verkleinert. 1965 fiel das verbindliche "ortsübliche" Rollgeld am Empfangsort fort und wurde der Geltungsbereich von 6 auf 5 to Sendungsgewicht eingeschränkt. 1966 wurden alle Sendungen bis 150 km Entfernung freigegeben und eine Plusmarge von 10 % bei einer Minusmarge von 5 % eingeführt. 1968 wurde der grenzüberschreitende Verkehr aus der Preisbindung entlassen und die Plusmarge auf 15 % ausgedehnt. 1970 wurde der Geltungsbereich weiter auf 3 to Sendungsgewicht eingeschränkt und das Margenband auf ± 10 % neu festgesetzt. Ab 1972 erhöhte sich die Marge auf $\pm 11,5$ %, 1973 wurde die Margen -Untergrenze von 1972 bis zum Auslaufen der Kundensatzverordnung nicht mehr erhöht.¹⁾

Bevor in der folgenden Ziffer 6 die Gründe für die Liberalisierung im einzelnen dargelegt werden, ist es sinnvoll, das Verhältnis des SGV zu den Verkehrsträgern Straße und Schiene zu betrachten. In welchem Maße der SGV von den sog. "Besonderheiten des Verkehrs", die für diese Verkehrsträger gerne herangezogen werden, betroffen ist, behandelt Ziffer 5. Diese Vorfragen haben für die anschließende kartellrechtliche Untersuchung in Kapitel 2 große Bedeutung. Je enger der Zusammenhang insbesondere zwischen dem Verkehrsträger Straße und dem SGV zu sehen ist, desto stärker wird der Bezug des Empfehlungsrechts nach § 99 Abs. 2 zum Kompensationsgedanken dieses Empfehlungsrechts, mit dem die Möglichkeit für ein gleichförmiges Verhalten insbesondere zum Schutz der Sammelgutspediteure geschaffen wird. Das Kräfteverhältnis dieses Kompensationsgedankens zum Liberalisierungsgedanken (Aufhebung der staatlich administrierten Tarife und freie Vereinbarkeit von Entgelten und Bedingungen) wirkt sich, wie in Kapitel 3 gezeigt wird, auf die Mißbrauchsaufsicht durch das BKartA aus.

1) W. May a.a.O. in DVWG B 33, Seite 95 f

4. Der Spediteursammelgutverkehr im Verhältnis zu den

Verkehrsträgern

a) Einfluß des Güterfernverkehrs auf den Sammelgutverkehr

Die Rolle, die der Lkw als entscheidender Verkehrsträger für den SGV zu übernehmen hat, gliedert sich in Güternahverkehr (im Umkreis von 50 km um Standort mit nur subjektiven Zulassungsvoraussetzungen) und in Güterfernverkehr¹⁾. Der weitaus größere Teil der Kundensatzentfernung (s. Abb. 1) wird im Güterfernverkehr zurückgelegt, der kontingentiert ist und verbindlichen Tarifen unterliegt. Dabei überwiegt der Selbsteintritt des Sammelladungsspediteurs durch Versenden im eigenen Lkw als Frachtführer. Für den hier interessierenden, evtl. stabilisierenden Einfluß des Güterfernverkehrs auf den Sammelgutverkehr lassen sich folgende Determinanten nennen:

aa) Einfluß auf die Preisgestaltung

- Einerseits sichern die Tarife ein bestimmtes Mindestentgelt ab, andererseits stellen sie fixe, auslastungsunabhängige Kosten dar. Der RKT-Stückgutverkehr mit 1980 3,9 Mio to Beförderungsleistung ist praktisch kein Konkurrent, da ein Frachtführer eine Sendung mit z.B. dem durchschnittlichen Sammelgutgewicht von ca. 300 kg höchstens dann annehmen würde, wenn die anderweitige Auslastung eines 20 to-Lastzuges sichergestellt ist.
- Je degressiver die Gewichtsstaffel der Tarife ist, desto ausgeprägter sind die Möglichkeiten des SGV, durch Bildung von ganzen Wagenladungen Frachtersparnisse zu erwirtschaften.
- Wenn ein Sammelgutspediteur für einen größeren Verladener auch im Güterfernverkehr zu den vorgeschriebenen Tarifen tätig ist, kann es vorkommen, daß er seine

1) Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesverkehrsministerium II 1971, Seite 16, wonach diese Marktsplattung die Produktivität des Straßengüterverkehrs mindert und in keinem anderen EWG-Land besteht.

freien Sammelgutpreise in Mischkalkulation niedriger ansetzt. Insofern können negative Streueffekte auf den SGV ausgehen, wenn das allgemeine Preisniveau im SGV durch diese Preise herabgedrückt wird.

bb) Indirekt ist die Preisbildung auch durch die begrenzte Kapazität beeinflusst

- Der Marktzutritt im SGV ist, abgesehen vom weniger bedeutsamen Bahnsammelgutverkehr, von freien Kapazitäten im Güterfernverkehr abhängig.
- Diese Kapazität kann aber wegen des Überwiegenden Selbsteintritts im SGV mit seinem Hauptvorteil der jederzeitigen Verfügbarkeit ¹⁾ der Konzession nur durch Zukauf einer Konzession oder durch Hernahme der schon vorhandenen Fernverkehrskapazität erweitert werden. Somit muß die Rentabilität der im SGV eingesetzten Kapazität mindestens gleichhoch wie im Güterfernverkehr sein. Andernfalls kann die Kapazität leicht vermindert werden.

Im Ergebnis spricht vieles dafür, daß sich die genannten Determinanten eher stabilisierend auf den SGV auswirken. Darin kann auch ein Grund dafür gesehen werden, weshalb der SGV, wie in Ziffer 5 noch gezeigt wird, als weniger durch einen ruinösen Wettbewerb gefährdet betrachtet wird.

Außerdem hängt die vor allem in Kapitel 5 zu behandelnde Übertragbarkeit des Empfehlungsmodells auf den Güterfernverkehr davon ab, daß man fragt, wie sich der SGV bei Wegfall der Tarifbindung oder gar der Kontingentierung entwickelt hätte. Auch dafür ist es wichtig zu sehen, auf welche Weise die derzeitigen staatlichen Regelungen im Güterfernverkehr entstanden sind.

1) Es handelt sich um eine Inhaberkonzession, die zwar im jeweils eingesetzten Fahrzeug mitgeführt werden muß, aber seit 1973 fahrzeugunabhängig erteilt wird.

b) Geschichte des Straßengüterverkehrs

aa) Die Entwicklung des GÜKG und seiner Vorgänger:

Ab Mitte der Zwanzigerjahre stand dem SGV der Lkw als zweiter Verkehrsträger neben der Bahn zur Verfügung. Der Kraftverkehr hatte sich nach dem 1. Weltkrieg sehr stürmisch entwickelt. Der Güterfernverkehr wurde in drei Verordnungen der Jahre 1919, 1925 und 1928 einer Konzessionierung mit nur subjektiven Qualifizierungsmerkmalen hinsichtlich Sicherheit und Leistungsfähigkeit der Betriebe unterworfen ¹⁾.

Der Wettbewerb mit der Bahn spitzte sich im Zuge der Weltwirtschaftskrise stark zu, so daß ruinöse Tendenzen im Güterkraftverkehr auftraten und die Rentabilität der Bahn gefährdet war. Das Argument von der ruinösen Konkurrenz hat auch die Verkehrspolitik in der BRD nachhaltig beeinflußt, wie noch gezeigt wird ²⁾.

In der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6.10.1931 sollte die Entwicklung des Kraftverkehrs dadurch gebremst werden, daß ihm die Tarifpflicht mit paritätischen Tarifen zum Bahntarif auferlegt wurde ³⁾. Damit sollte die Preisunterbietung gegenüber der Bahn ausgeschlossen werden, damit deren gemeinwirtschaftlicher Tarifaufbau (Tarifgleichheit im Raum und Wertstaffel mit "Subventionierung" der transportkostenempfindlichen Bereiche durch relativ hohe Preise der wertvolleren Güter) geschützt würde ⁴⁾.

1) Wölte, Seite 27

2) Der bekannte Verkehrswissenschaftler A. Predöhl, der auf die Verkehrswissenschaft in der BRD bis in die 70er Jahre großen Einfluß hatte, sagt allerdings auf Seite 84 seines Aufsatzes "Kooperation durch Kartellierung" in H. Schmidt "Kooperation im Verkehr" 1969, der Kraftwagen sei "zu jung und zu früh staatlichen Regelungen unterworfen worden, als daß sich so einwandfrei wie bei der Binnenschifffahrt ermitteln ließe, ob er einer Tendenz zum ruinösen Wettbewerb unterliegt".

3) Wölte, Seite 29

4) Wölte, Seite 29

Der Schutzzweck wurde wegen der bereits damals vorhandenen qualitativen Vorzüge des Lkw ¹⁾, der die höhertarifierten Güter besonders anziehen konnte, und auf Grund eines freien Marktzuganges für den Lkw sowie mangels effizienter Kontrolle der Tarife nicht erreicht. Daher wurde mit dem "Gesetz über den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen" vom 26.6.1935 der Marktzugang bei Fortgeltung der Tarifbindung von einem volkswirtschaftlichen Bedürfnis abhängig gemacht. Erst im Jahre 1938 wurden neue Konzessionen in geringem Umfang wieder für sinnvoll erachtet ²⁾.

Die Tarifüberwachung oblag dem u.a. dafür gegründeten RKB als öffentlich-rechtlichem Zwangsverband. Der RKB stellte im Einvernehmen mit der Bahn auch die Tarife auf. Das Ziel des Gesetzgebers bestand in einem "gerechten Leistungswettbewerb" auf der Basis einer "Befriedung des Wettbewerbs" ³⁾. Der Begriff des "leistungsgerechten Wettbewerbs" spielte später für die derzeitige Fassung von § 28 Abs.2 des GWB eine Rolle, der Wettbewerbsregeln auch zur Milderung von zu heftigen Strukturwandlungen - u.U. durch ruinöse Konkurrenz verursacht - seit der dritten Kartellnovelle von 1973 ermöglichen sollte.

Die Regelungen des Jahres 1935 sollten den Wettbewerb durch den Lkw beschränken. Bereits Anfang 1937 zeigte der erste Präsident des RKB Dr. W. Scholz klar auf, daß Konzessionierung und Tarifbindung den Kraftverkehr zunächst zu einem "öffentlichen Verkehr" entwickelt hätten, d.h. der direkte Zusammenhang zwischen Kosten

-
- 1) Die Vorzüge, wie z.B. Schnelligkeit und einfachere Verfügbarkeit können als höhere "Verkehrswertigkeit" des Lkw bezeichnet werden, die bei paritätischen Tarifen zur Bahn einen starken Nachfragesog auslöst, Voigt, Band I 1, Seite 70 ff. Predöhl erwähnt a.a.O. noch das umfassendere Verkehrsnetz Straße, durch das der Güterkraftverkehr die bessere Ausgangsposition gegenüber der Bahn hatte.
 - 2) Wölte, Seite 30
 - 3) Amtliche Begründung des Gesetzes in Hein, Seite 9

und Leistungen würde zugunsten einer "die allgemeinen Verhältnisse berücksichtigenden Methode" aufgehoben ¹⁾. Letztlich würden nach Scholz die Eingriffe dem Lkw förderlich sein.

Die Frage, ob sich die Regulierungen des Straßengüterverkehrs, die zu einer Marktordnung mit gesicherten Erwerbsmöglichkeiten führten, möglicherweise eher zum Nachteil der Bahn ausgewirkt haben ²⁾, kann hier nicht behandelt werden. Wichtig ist aber aus wettbewerbspolitischer Sicht, daß die langfristige Steuerung wettbewerblicher Prozesse und insbesondere die Versuche, technologisch bedingte Strukturwandlungen zu hemmen - wie z.B. durch die vermeintliche Stärkung der Wettbewerbsposition der Bahn durch paritätische Tarife, die aber als schienengebundenes Verkehrsmittel die Vorzüge des Lkw in der Flächenbedienung nie kompensieren konnte - zu den derzeitigen Problemen beitragen. Auf die grundlegende Schwierigkeit, Bereichsausnahmen im Wettbewerbsrecht ökonomisch zu begründen, hat u.a. Hoppmann hingewiesen ³⁾.

Die vor dem 2. Weltkrieg begründete Marktordnung wurde nach dem Krieg in den wesentlichen Elementen wieder hergestellt. Teilfunktionen des RKB, wie z.B. die Tarifüberwachung, gingen auf die BAG über, während die Tarife zunächst vom Bundesverkehrsministerium aufgestellt wurden. Erst im Zuge der "kleinen Verkehrsreform" des Jahres 1961 wurden die Tarife von den Tarifkommissionen des Güterfernverkehrs aufgestellt, in denen die Ver-lader bisher nur beratende Stimme haben.

1) Scholz, Seite 8 ff

2) Schlotterer, Seite 56; Jünemann, Seite 106, Storsberg III, Seite 136 sind u.a. dieser Meinung

3) Hoppmann I, Seite 166

bb) Vorsichtige Liberalisierung durch die "kleine Verkehrsreform" von 1961

Durch die "kleine Verkehrsreform" erhielten die Verkehrsträger Eisenbahn, gewerblicher Güterverkehr und Binnenschifffahrt dadurch eine gewisse Tarifautonomie, daß die Tarife vom Bundesverkehrsministerium nicht mehr festgesetzt, sondern nur noch genehmigt wurden. Damit sollte dem Preiswettbewerb mehr Raum gegeben werden, um den Verkehrssektor stärker an die soziale Marktwirtschaft und die Erfordernisse des EWG-Vertrages heranzuführen (Bericht des Abgeordneten Müller-Hermann von den Beratungen des Verkehrsausschusses zur "kleinen Verkehrsreform" im Deutschen Bundestag, zu BT Drs. 2830 bis 2833, Seite 2).

Die arteigenen Vorteile der Verkehrsträger sollten sich zum Nutzen der Gesamtwirtschaft besser ausprägen ¹⁾. 1961 wurde auch die Möglichkeit geschaffen, daß Margentarife festgelegt wurden, wie dies im Güterfernverkehr erst 1964, beginnend bei einigen Ausnahmetarifen, der Fall war.

In den Folgejahren konnten sich der DEGT und der RKT etwas voneinander lösen. Es zeigte sich, daß der LKW-Fernverkehr eine gute Marktstellung hatte und Tarifsenkungen der Bahn, wie z.B. zum 1.3.1964 ²⁾ nicht mitmachen mußte. Danach gibt es lange Phasen mit weitgehend konstanten Preisrelationen zwischen Bahn- und Straßengüterverkehr ³⁾, sowohl im Wagenladungs- als auch im Stückgutbereich ⁴⁾.

Konstante Preisrelationen widersprechen den Zielen der "kleinen Verkehrsreform" aber nicht unbedingt. Einerseits soll ein möglichst preisgünstiges Leistungsangebot ⁵⁾ bei natürlich hoher Qualität nach

1) Storsberg I, Seite 357

2) Storsberg I, Seite 376

3) Hoener, Seite 61

4) Hoener, Seite 75

5) Storsberg I, Seite 366

dem Kriterium der "besten Verkehrsbedienung" erreicht werden, andererseits sollen durch die Abstimmung der Tarife im Genehmigungsverfahren durch das Bundesverkehrsministerium ein unbilliger Wettbewerb verhindert (§ 7 Abs.2 GÜKG) und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Unternehmer im Güterkraftverkehrsgewerbe berücksichtigt werden (§ 22 Abs.1 GÜKG). Darin wird verbreitet der gesetzgeberische Auftrag gesehen, eine "ruinöse Konkurrenz" zu verhindern ¹⁾. Eine vertiefende Klärung der Begriffe der "kleinen Verkehrsreform" ist an anderer Stelle ausführlich unternommen worden ²⁾. Im Ergebnis sind die genauen Ziele und Mittel für die praktische Verkehrspolitik wenig operational ³⁾.

Wegen des engen Zusammenhanges zwischen Güterfernverkehr und dem SGV strahlen die Ziele jedoch auch auf die Rechtsgrundlagen des SGV aus, was in den Kapiteln 3 und 5 noch zur Sprache kommt.

c) Das Verhältnis zur Bahn

Der Bahnstückgutverkehr ist derzeit noch der schärfste Konkurrent des SGV. Eine weitere Reduzierung des Stückgutverkehrs, verbunden mit einer engeren Kooperation mit den Spediteuren ist in letzter Zeit wieder verstärkt zur Sprache gekommen. Diese Entwicklung bedarf der Aufmerksamkeit, da sie die Wettbewerbsposition des SGV verbessern dürfte, was nicht ohne Konsequenzen für die Mißbrauchsaufsicht sein wird. Im einzelnen wurde das Verhältnis zur Bahn bereits in Ziff. 2c und Ziff. 3 dieses Kapitels behandelt, so daß angesichts des in den letzten Jahren ständig rückläufigen Bahnsammelgutverkehrs eine nähere Erörterung überflüssig erscheint.

1) Immenga I, Seite 60 folg.; Storsberg II, Seite 106 folg. schriftlicher Bericht des Abgeordneten Müller-Hermann, a.a.O. Seite 2; Ewers, Seite 143

2) vor allem Fikentscher II, III, IV; Storsberg II; Immenga I; Ewers, S. 173

3) Ewers, S. 173

5. Der Spediteursammelgutverkehr und die sog. Besonderheiten des Verkehrs

Der qualitative Liberalisierungsschritt im SGV von den Kundensätzen zu freien Preisen wird durch das - als Kompensation gedachte - Empfehlungsrecht nach § 99 Abs.2 Nr. 5 GWB ergänzt. Eine Voraussetzung zur Gewichtung des Kompensationsgedankens und somit Vorfrage für die mit Sinn und Zweck des § 99 Abs.2 Nr.5 verknüpfte Bestimmung der Mißbrauchskriterien ist die Frage, in welchem Ausmaß die sog. "Besonderheiten des Verkehrs" noch für den SGV zu berücksichtigen sind. Die Begründung der Bereichsausnahme Verkehr nach dem GWB stützte sich auf diese "strukturelle(n) Besonderheiten ökonomischer und technischer Natur" ¹⁾ und auf die 1955 bereits erlassenen Verkehrsgesetze. Wegen des Grundsatzes der Einheit der Verwaltung sollte damals keine zusätzliche Wettbewerbsaufsicht mehr eingeführt werden ²⁾. Auch einige Passagen des GÜKG weisen auf diese Besonderheiten hin. Zur Begriffsklärung wird zunächst auf die verkehrswissenschaftlichen Argumente Bezug genommen, um dann die rechtlichen Auswirkungen näher zu untersuchen.

a) Die Beurteilung der Besonderheitenlehre durch die Verkehrswissenschaft

Die Argumente sind stets auf folgendem Muster aufgebaut:

Die vereinzelt auch in anderen Wirtschaftsbereichen auftretenden "Besonderheiten" wären im Verkehr besonders häufig anzutreffen ³⁾.

-
- 1) BTDrs 2/3644, Einzelbegründung zu § 74 a RegE GWB
 - 2) Gemeinschaftskommentar, Gleiss-Hootz, Anm. 1 zu § 99
 - 3) Mellerowicz zeigte bereits in einem Referat vom 15.12.1936 zur "Reform des Reichskraftwagentarifes", daß der Verkehr den gleichen Kostenzusammenhängen wie Industriebetriebe mit hohem Fixkostenanteil unterliegt, Seite 30 des vervielfältigten Manuskripts des Vortrags. Die vom Finanzwissenschaftler Sax 1918 entwickelte Lehre von den "Eigengesetzlichkeiten des Verkehrs" wurde auch von Seidenfus I S. 159 ff im Jahre 1959 widerlegt, so daß nur von "besonderen Anpassungsproblemen" gesprochen werden könne.

Insbesondere während konjunktureller Einbrüche oder sonstiger Nachfrageschwankungen ergäben sich daraus besondere Anpassungsprobleme. Zu deren Abwendung werden bestimmte staatliche Maßnahmen für erforderlich gehalten.

aa) Strukturelle Besonderheiten

Daß insbesondere im Güterverkehr bestimmte Eigenarten oder Besonderheiten existieren, ist allgemein anerkannt ¹⁾. Sie lassen sich zusammengefaßt kurz aufzählen:

- Die Produktion einer Verkehrsleistung fällt mit ihrem Absatz zusammen und kann deshalb nicht gelagert werden. Die Kapazitäten werden somit am Spitzenbedarf ausgerichtet, so daß bei geringerer Auslastung tendenziell besonders hohe Preisschwankungen entstehen können.
- Ein hoher Anteil von fixen Kosten für den Gesamtbetrieb, der z.B. im Güterkraftverkehr bei ca. 40-50 % und bei Eisenbahn und Binnenschifffahrt noch weit darüber liegt ²⁾. Hinzu kommt für die einzelne Fahrt, wie z.B. die eines mit 20 to beladenen 25 to Lastzuges, daß die freie Kapazität zu einem besonders niedrigen Preis angeboten werden kann. Ein solches "Sonderangebot" würde das allgemeine Preisniveau stark beeinflussen. Dies gilt besonders, falls eine "Akquisition um jeden Preis" erfolgt, wenn eine leere Rückfahrt des Transportbehälters vermieden werden soll .
- Das Verkehrsangebot reagiert wenig elastisch auf Preisänderungen und ist außerordentlich heterogen strukturiert mit Monopolformen wie der Bahn und auch Polypolen, wie z.B. im Güterkraftverkehr mit zahlreichen Kleinunternehmen. Dadurch können sich besondere Instabilitäten ergeben. Zahlreiche öffentliche Unternehmen stehen mit privaten Unternehmen im Wettbewerb.

1) z.B. Voigt I/1, Seite 21 bis 27; Hamm I, Seite 78

2) Voigt, Seite 22

- Auch die Nachfrage verhält sich nicht elastisch zum Preis, da sie aus der Güterproduktion abgeleitet ist und die Verkehrspreise auf die Produktionsentscheidungen, wie z.B. die Standortwahl, nur einen langfristigen Einfluß ausüben können.

Damit sind die wesentlichen, von anderen Autoren anders zusammengestellten ¹⁾ Faktoren genannt. Die mit der Besonderheitenlehre verknüpften Streitfragen sind im wesentlichen nur für die in Abschnitt cc) erläuterten Lösungskonzepte relevant.

bb) Ruinöse Konkurrenz als Anpassungsproblem im Verkehr

Das Zusammentreffen dieser Umstände kann Anpassungsprobleme hervorrufen, die sich mit dem Begriff von der "ruinösen Konkurrenz" beschreiben lassen. Dieser vielschichtige Begriff beinhaltet unlösbare Abgrenzungsprobleme, wollte man ihn tatbestandsmäßig knapp erfassen ²⁾.

Für einige Autoren ist Voraussetzung, daß die Preise nicht nur augenblicklich unter die variablen Kosten sinken und daß dann ein zwanghaft überstürzter Kapazitätsabbau einsetzt, der in einer späteren besseren Beschäftigungssituation wieder zu kurzfristig ausgerichteten neuen Investitionen führt. Dies stellt volkswirtschaftlich einen unnatürlich kurzen Lebenszeitraum der Investitionen dar und ist somit Verschwendung ³⁾.

1) z.B. Ziff. 210 der terminologischen Liste verkehrswirtschaftlicher Begriffe aus den Sitzungsdokumenten des Europäischen Parlaments vom 11.12.1961, als Anlage zum sog. "Kapteyn-Bericht" über Fragen der gemeinsamen Verkehrspolitik der EWG, worin eine Reihe von "Besonderheiten des Verkehrs" genannt werden, die nach Art.75 Abs.1 des EWG-Vertrages bei der Durchführung der gemeinsamen Verkehrspolitik berücksichtigt werden sollen. Die abweichenden Meinungen über die Art der Berücksichtigung hat eine einheitliche Preis- und Kapazitätspolitik bisher verhindert; aus juristischer Sicht sieht Storsberg II Seite 164 ff die 13 von ihm aufgezählten Besonderheiten als wenig schlüssig an, zumal es am Nachweis fehle, welche Dienstleistungsbereiche grundlegend besser für marktwirtschaftliche Prinzipien geeignet wären; Hamm I, Seite 65-143 diskutiert 10 strukturelle und 3 verhaltensmäßige Besonderheiten.

2) Hamm II, Seite 124, Storsberg IV, Seite 72

3) z.B. Heuss, Seite 54

Tolksdorf sieht als unmittelbare Ursache einer ruinösen Konkurrenz auf unkonzentrierten Märkten Überkapazitäten an zusammen mit verzögertem Marktaustritt bzw. zu leichtem, verführerisch wirkendem, Marktzugang neuer Bewerber. Dazu treten noch strukturelle Umstände wie eine preisunelastische Nachfrage hinzu, die im Güterverkehr vorliegt ¹⁾. Die Symptome würden sich während des zu langsamen Anpassungsprozesses in unterdurchschnittlicher Entlohnung der eingesetzten Produktionsfaktoren im Zuge des anhaltenden Preisverfalls äußern.

Andere Autoren setzen voraus, daß die Entgelte zwar die variablen Kosten decken, langfristig aber die fixen Kosten und somit die Durchschnittskosten nicht mehr ²⁾. Dabei kommt es natürlich entscheidend darauf an, ob dies für alle Marktteilnehmer gilt, ³⁾ oder ob es genügt, wenn davon bereits konkurrenzfähige, gut geführte Unternehmen bedroht sind, aber nicht eine "Vielzahl" oder "Mehrzahl".

Hamm weist nachdrücklich auf falsche unternehmerische, insbesondere investitionspolitische Verhaltensweisen im Güterverkehr hin, die einen z.T. historisch bereits nachgewiesenen ruinösen Dauerzustand hervorrufen könnten ⁴⁾. Solches Verhalten wird nun gerne als zwangsläufig mit den "handwerklichen" ⁵⁾ Strukturen kleiner, selbständiger Fuhrunternehmen verbunden. Diese bringen aber auch große Vorteile mit wie eine höhere Einsatzbereitschaft gegenüber angestellten Fahrern und technische, mit dem Lkw-Betrieb verbundene Fertigkeiten ⁶⁾.

1) Tolksdorf I, Seite 288

2) z.B. Ewers, Seite 106

3) erst dann sieht z.B. Storsberg IV, S. 74 den Wettbewerb als ruinös an

4) Hamm I, S. 121, S. 123-143

5) Predöhl, Seite 83

6) Hallmann, Seite 250

cc) Methoden zur Stabilisierung

Tolksdorf lehnt zur allgemeinen Korrektur ruinöser Wettbewerbsprozeße Wettbewerbsbeschränkungen durch Preis-, Mengen-, Quoten-, u. Gebietsschutzkartelle etc. ab, weil sie die Anpassung nur weiter hinauschieben würden ¹⁾. Stattdessen sollte der Abbau von Überkapazitäten durch Maßnahmen gefördert werden, wie u.a. bessere Ausbildung der Marktteilnehmer oder Abwrackprämien. Notfalls kämen Preisuntergrenzen in Frage, was aber nur vertretbar sei, wenn ein weiterer Kapazitätsabbau unerwünscht wäre. Dies bezieht sich aber nicht auf einen wettbewerblichen Ausnahmebereich, dessen ökonomische Rationalität Tolksdorf im Einzelfall durchaus für gegeben ansieht ²⁾. Im Vergleich mit den staatlichen Regulierungen des Güterverkehrs werden Wettbewerbsbeschränkungen in einem Markt ohne staatliche Lenkung aber häufig als das geringere Übel angesehen ³⁾.

Als marktkonformes Mittel nennt man vor allem strengere Maßstäbe für die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen ⁴⁾, wie z.B. eine besondere, über die derzeit geforderte "Gewährleistung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Betriebe" (§ 10 Abs. 1 Ziff. 3 GÜKG) hinausgehende finanzielle Kapazität ⁵⁾.

Abschließend ist zu sagen, daß die Verkehrswirtschaftslehre vor allem die hier interessierende Tarifpolitik für wenig effizient hält, zumindest dann, wenn selbst die Margenuntergrenze noch zu einer vollen Kostendeckung für Grenzanbieter führt. Dies wird für den Güterfernverkehr in der Bundesrepublik häufig vermutet ⁶⁾.

1) Tolksdorf I, Seite 289

2) Dazu die bekannte Auseinandersetzung zwischen Tolksdorf II und Hoppmann 1972/73, die in Kapitel 2 noch erläutert wird

3) z.B. Storsberg V., Seite 112

4) Willeke/Aberle, Seite 9

5) Wissenschaftlicher Beirat 1971 II "Kapazitätsgutachten", Seite 9

6) z.B. Hoener, Seite 109

b) Antwort des Gesetzgebers auf die Anpassungsprobleme im

Güterkraftverkehr

Schon im letzten Kapitel war gezeigt worden, daß die Reglementierung des Güterkraftverkehrs ursprünglich den Zweck hatte, die Wirtschaftlichkeit der Bahn abzusichern. Damit sollte die "gemeinwirtschaftliche Presidifferenzierung" zugunsten des Personenverkehrs und des aufwendigen, damals aber regionalwirtschaftlich für sinnvoll gehaltenen, Flächenverkehrs insbesondere zu Lasten des in der Wertstaffel höher-tarifierten, wertvolleren Transportgutes erhalten bleiben können. Als ruinös für die Bahn hätte sich die weitere Abwanderung dieser Güter zum wachsenden Güterkraftverkehr auswirken können. Andererseits wurden die gezielten Preisdiskriminierungen und regionalen "Kampfpreise" der Bahn als gefährlich für den Lkw-Verkehr angesehen, die neben den harten intrasektoralen Wettbewerb auf Grund des damals ungehinderten Marktzuganges im Güterkraftverkehr hinzutraten.

Das GüKG rechtfertigte 1951 die Kontingentierung mit dem "öffentlichen Verkehrsbedürfnis" und der "Verkehrssicherheit auf den Straßen" (§ 9 GüKG) ¹⁾. Bei der Tarifbildung sollen mehrere Kriterien berücksichtigt werden:

- Während die Verkehrsträger ihre arteigenen Vorteile einerseits im Rahmen einer volkswirtschaftlichen Aufgabenteilung "durch marktgerechte Entgelte und einen lautereren Wettbewerb" (§ 7 Abs.1 GüKG) zur Geltung bringen sollen,

1) Wenig Überzeugend ist es, daß auch das Ziel der Verkehrssicherheit die Verhinderung einer ruinösen Konkurrenz erfordern würde. Der Preisverfall würde die Fahrer überbeanspruchen und zur Vernachlässigung der technischen Sicherheitsanforderungen führen. Diese Argumentation brachte die Bundesregierung noch 1975 als Entgegnung zu Verfassungsbeschwerden gegen die Kontingentierung vor, abgedruckt in Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 2 zu § 9 GüKG. Dieses Argument wird aber im Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 14.10.1975, BVerfGE Band 40, Seite 196-232, nicht aufgenommen, das die Kontingentierung wegen des Schutzes der Bahn für verfassungsmäßig hielt. Freimuth, Seite 52 hält dieses Argument schon deshalb für ungeeignet, da die ordnungsgemäße Überwachung der Vorschriften letztlich Sache der Polizei wäre und nicht einer Politik der Marktordnung.

hat der Bundesverkehrsminister die Entgelte so abzustimmen, daß ein "unbilliger Wettbewerb" verhindert wird (§ 7 Abs.2 GüKG). Dieser Begriff ist nicht genau geklärt ¹⁾. Fest steht, daß er enger und gezielter als der Begriff des unlauteren Wettbewerbs ist ²⁾, und den Ausschluß von Wettbewerbshandlungen ermöglicht, die keineswegs auch unlauter sein müssen. Zur Verhinderung eines unbilligen Wettbewerbs kann man auch die Verhinderung einer ruinösen Konkurrenz zählen ³⁾. Der Zusammenhang des § 7 Abs.2 GüKG bezieht sich jedoch zunächst nur auf den intersektoralen Wettbewerb der Verkehrsträger, vor dem die Bahn geschützt werden soll.

- Aber auch der intrasektorale Wettbewerb im Güterkraftverkehr wird durch die Tarifbildungsgrundsätze des GüKG eingeschränkt. Denn zum einen würde sich ein brancheninterner Preisverfall auch auf den intersektoralen Wettbewerb zur Bahn auswirken. Zum anderen bestimmt § 22 Abs.1, Satz 1 GüKG, daß die Entgelte den "wirtschaftlichen Verhältnissen der Unternehmer des Güterkraftverkehrs-Gewerbes Rechnung" tragen sollten. Trotz der allgemein gehaltenen Formulierung sieht Storsberg ⁴⁾ darin nur eine Ausnahmenvorschrift, da sie nur gelte, wenn Tarife durch das Bundesverkehrsministerium anstelle der Tarifkommissionen festgesetzt werden, d.h. "wenn das allgemeine Wohl es erfordert" (§ 20 a, Abs.4 GüKG). Ist das nicht der Fall, würden die Tarifkommissionen schon für die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse sorgen ⁵⁾.

Zwar ist es richtig, daß eine über die staatliche Tarifgenehmigung hinausgehende Tariffestsetzung nur in Ausnahmefällen zum Tragen kommt. Daneben spricht aber die Margenuntergrenze für eine präventive Zweckrichtung von § 22, Abs.1 GüKG, so daß es richtig erscheint anzunehmen, daß

1) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 3 c zu § 7 GüKG

2) Immenga I, S. 32; Storsberg II, S. 109; Fikentscher II, S. 20

3) Immenga I, S. 32

4) Storsberg II, S. 75

5) Storsberg II, S. 75

durch die Margenuntergrenze "den Besonderheiten des Verkehrs, insbesondere der Verhinderung eines ruinösen Wettbewerbs, Rechnung getragen" wird ¹⁾.

c) Die Lage im Spediteur -Sammelgutverkehr

aa) Rechtliche Preisbildungsregelungen

Die Tarifregeln des § 22 GüKG gelten auch für den Vertrag zwischen Spediteur und Versender in der Weise, daß der Spediteur nach § 408 Abs. 2 HGB keine höhere als die mit dem Frachtführer vereinbarte Fracht verlangen darf. Andererseits muß er neben dem tariflichen Mindestentgelt noch die übliche Speditionsprovision . verlangen, um die Tarife auch nicht mittelbar zu unterbieten ²⁾. Somit ist der SGV von den Tarifbildungsregeln des GüKG deutlich betroffen.

Für den SGV, von dessen Kosten die anteilige Güterfernverkehrsfracht nur einen kleinen Anteil von ca. 1/3 bis 1/2 ausmacht, gilt der schon oben in Ziff. 2 erläuterte § 20 Abs. 2 Satz 2 GüKG als Preisuntergrenze. Vom GüKG geht somit nur ein sehr geringer Schutz für den SGV aus.

§ 2 Abs. 1 des sog. Preisgesetzes vom 10.4.1948, die Ermächtigungsgrundlage der Kundensätze, ermöglicht zusammen mit den späteren Verlängerungsgesetzen behördliche Preisfestsetzungen, durch die "der Preisstand aufrecht erhalten werden", d.h. das Preisniveau stabilisiert werden soll. Darunter sind Maßnahmen zur Begrenzung von Preisauftrieben im Verbraucherinteresse zu verstehen und auch "Maßnahmen gegen Preisverfall zur Erhaltung der Rentabilität bestimmter Wirtschaftszweige im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse" ³⁾.

Die Kundensatzverordnungen hatten den Sinn, die Preisparität von DEGT und RKT auch im SGV zu gewährleisten, um die Bundesbahn vor einem Preiswettbewerb zu schützen. Dies geht zwar nicht aus einer amtlichen Begründung oder

1) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 1 a zu § 22 GüKG

2) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 16 zu § 22 GüKG

3) BVerfGE Band 8, S. 274 ff; Ebisch in Mv. Brauchitsch, Ergänzungsband I bis V, Preisrecht S. 17

aus vergleichbaren Äußerungen hervor, folgt aber zwingend aus dem engen Zusammenhang zur allgemeinen Preispolitik von Schiene und Straße ¹⁾. Bereits die ersten Preisregulierungen des SGV im Jahre 1936 hatten die Parität von Bahn- und Lkw-Sammelgutverkehr zum Ziel gehabt. Wegen der unterschiedlich geregelten Nebenleistungen war in der Praxis eine Parität aber nicht erreicht worden ²⁾. Bönisch zitiert ein BGH-Urteil ³⁾, das die Rechtswirksamkeit der VO 73/150 und der auf ihrer Grundlage nach § 4 der VO bestehenden verbindlichen Tarife bestätigt. Auch im SGV habe die Gefahr bestanden, daß Tarifunterbietungen vereinbart würden, die letztlich in einen - vom Gesetzgeber im allgemeinwirtschaftlichen Interesse unerwünschten - Wettbewerb zwischen der Bahn und dem Güterkraftverkehr münden würden.

In den Kundensatzverordnungen hatte stets eine § 22 Abs.1 GÜKG vergleichbare Regelung gefehlt, wonach die wirtschaftlichen Interessen der Sammelgutspediteure zu berücksichtigen wären. Die Faustformel, wonach der Verlader zu etwa einem Drittel an der Differenz zwischen Wagenladungs- u. Stückguttarif des Verkehrsträgers partizipiert ⁴⁾ zeigt, daß die Tarife des Bahn- u. insbesondere des Güterkraftverkehrs in der SGV-Praxis Bedeutung haben. Im Zuge der späteren Liberalisierung wurde die Heraufsetzung der Margenuntergrenze mehr an die Marktgerechtigkeit als an Kostenüberlegungen orientiert ⁵⁾.

bb) Strukturelle Besonderheiten gegenüber dem gewerblichen Güterfernverkehr

Die unter a) erläuterten strukturellen Besonderheiten finden sich im SGV nicht so ausgeprägt wie im Güterfern-

1) Ebisch a.a.O., S. 355 verweist auf einen Beschluß des Bundeskabinetts vom Oktober 1960, wonach grundsätzlich an der Tarifparität von Schiene und Straße festgehalten und deshalb auch die verbindlichen Kundensätze aufrecht erhalten werden sollten.

2) R. Meyer, S. 59 bis S. 69

3) Bönisch, Kundensatzfibel, 5. Aufl. 1968, S. 52 BGH-Urteil vom 11.6.1959/II ZR 58/57 -

4) R. Meyer, S. 20

5) Bönisch, 5. Aufl., S. 41

verkehr. Dies ist im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht für die Frage bedeutsam, wann die BSKE den Freistellungs-
zweck der Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs 1.)
überschreiten. Empirische Untersuchungen zu den Ursachen
für die Entstehung ruinöser Konkurrenz gibt es kaum. Be-
sonders wertvoll ist somit eine Untersuchung aus dem
Jahre 1973, in der für den Stückgut- und Sammelgutver-
kehr ca. 30 Testkriterien zur Beurteilung ruinöser Ten-
denzen auf ihr tatsächliches Vorkommen hin geprüft
wurden 2). Für die Binnenschifffahrt ermittelt v.
Stackelberg starke, und für den Straßengüterfernverkehr
schwächere ruinöse Tendenzen 3). Dagegen treten auf dem
Stückgut- und insbesondere Sammelgutteilmarkt auf der
Relation Hamburg-München höchstens einzelne, für die
Entstehung ruinöser Tendenzen eher unbedeutende Faktoren
auf 4). Die im folgenden genannten Unterschiede zwischen
dem Straßengüterfernverkehr und dem SGV werfen dabei
auch ein Licht auf die in Kap. 5 Ziff. 3 angeschnittene
Frage, ob das Empfehlungsrecht im SGV Modellcharakter
für andere Bereiche des Güterverkehrs hat:

- (1) Die saisonalen Schwankungen sind im Sammelgutverkehr
deutlich geringer als im reinen Güterfernverkehr 5).
Die Transportkapazität benötigt somit keine besonders
hohen Reserven, die sich in schwächeren Beschäftigungs-
zeiten preisdrückend auswirken könnten.
- (2) Die Sammelfunktion kann gewisse Pufferdienste leisten,
so daß die einzelnen Elemente eines Sammelladungstrans-
portes wie Vor-, Haupt- und Nachlauf besser koordiniert
werden können.

1) Zum Freistellungs zweck insbesondere Kap. 2, Ziff. 4e

2) F.v. Stackelberg, S. 266-295 empirische Untersuchung
mit repräsentativen Befragungen und Kostenerhebungen
zum Stückgutverkehr von Hamburg nach München

3) F.v. Stackelberg, S. 194, 195

4) F.v. Stackelberg, S. 292

5) F.v. Stackelberg, S. 282; die von v. Stackelberg nachge-
wiesenen geringeren Schwankungen im Bahnstückgutverkehr
gegenüber dem Bahnwagenladungsverkehr gelten auch für
den Sammelgut- und Güterfernverkehr

- (3) Der Anteil der fixen Kosten an den Gesamtkosten des Speditionsbetriebes ist auch im Falle des häufig ausgeübten Selbsteintrittsrechts im Vergleich zum reinen Fuhrunternehmen wegen der zusätzlichen expeditionellen Leistungen niedriger ¹⁾. Somit ist die Tendenz zu einer Kapazitätsauslastung "um jeden Preis" schwächer. Außerdem konnte auf der Relation Hamburg-München, die sicher besonders ergiebig ist, nur ein sehr geringer Anteil unzureichend ausgelasteter Rückfrachten festgestellt werden ²⁾.
- (4) Obschon Angaben zur Kapazitätsauslastung im Güterfernverkehr schwer erhältlich sind, ³⁾ läßt sich sagen, daß die Auslastung im SGV allgemein höher sein dürfte. Für die Relation Hamburg-München wurden im Schnitt 80-90 % angegeben.
- (5) Der SGV ist im Gegensatz zum Frachtführergeschäft mit besonderem Akquisitionsaufwand verbunden, um einen eigenen Liniendienst aufrecht erhalten zu können und nicht auf Sammelladegemeinschaften angewiesen zu sein. Somit bestehen erschwerte Marktzugangsbedingungen. Da andererseits wegen der guten Verkäuflichkeit von Fernverkehrskonzessionen keine erschwerten Marktaustrittsbedingungen bestehen, erscheint die Verminderung von Überkapazitäten auch aus diesem Grunde eher wahrscheinlich.
- (6) Das "Damoklesschwert" des Werkverkehrs als potentiellern Konkurrenten ⁴⁾, übt weniger Druck auf den SGV aus, da es einem Verlader weitaus schwerer fallen dürfte,

¹⁾ Die BSKE weisen v.a. in § 3 Ziff.6 - s. Anhang - eine Vielzahl dieser Leistungen auf, von denen F.v. Stackelberg auf S. 275 einige als sehr häufig angeboten bezeichnet.

²⁾ v. Stackelberg, S. 274

³⁾ Lünsdorf, S. 28 u. 29 ermittelte für die Jahre 1960 und 1970 im gewerblichen Güterfernverkehr eine Auslastung zwischen 52 u. 61 % und im Werkfernverkehr mit etwa konstant 35 %. Dabei wurde der Auslastungsgrad als Verhältnis von nachgefragter Transportleistung in tkm zur angebotenen Transportleistung definiert. Das 1979 im Auftrag des Bundesverkehrsministeriums erstellte Werkfernverkehrsgutachten, Schriftenreihe des Bundesverkehrsministeriums Band 55, beziffert auf S. 252 die mittlere Auslastung im Güterfernverkehr mit 60 % gegenüber ca. 40 % im Werkfernverkehr, Verfasser Kästring et al.

⁴⁾ v. Stackelberg, S. 184

wegen des Drittbeförderungsverbots im Werkverkehr ein rentierliches Stückgutaufkommen in den einzelnen Relationen zu transportieren ¹⁾.

- (7) Nicht zuletzt ist die kaufmännische Bildung im Speditionsgewerbe im Durchschnitt höher als im reinen Kraftverkehrsgewerbe, so daß irrationale ruinöse Prozesse weniger wahrscheinlich sind.
- (8) Schließlich ist nicht der Preis, sondern die Beförderungsdauer der dominante Faktor im intersektoralen Wettbewerb, der eindeutig zugunsten des SGV gegenüber dem Bahnstückgutverkehr ausgeht ²⁾. Damit dürften auch andere qualitative Wettbewerbsfaktoren, wie das besondere Eingehen auf die Anforderungen der Verlager, die Rolle des Preiswettbewerbs verringern.

cc) Ergebnis

Im Ergebnis werden anhand der strukturellen Unterschiede die Gründe deutlich, weshalb die an der "Kartelllösung" im Jahre 1975 beteiligten Unternehmen, Verbände und Behörden einen ruinösen Preiswettbewerb im SGV für weniger wahrscheinlich als im Güterfernverkehr gehalten haben. Andererseits ist deutlich zu erkennen, daß auch der SGV von den Gedanken der Ordnungspolitik im Verkehr wegen seines rechtlichen und historischen engen Zusammenhanges zum Güterfernverkehr, bzw. der Eisenbahn, erfaßt war. Die Stellung des Verbandsempfehlungsrechts nach § 99 Abs. 2 GWB im Ausnahmebereich macht auch jetzt noch deutlich, daß der angestrebte funktionsfähige Wettbewerb im SGV einen gewissen Schutz vor ruinösem Preiswettbewerb erfordert.

¹⁾ v. Stackelberg, S. 267, 268; Storsberg VI S. 23

²⁾ v. Stackelberg, S. 277. Auf Seite 284 wird erwähnt, daß dies W. May bereits 1963 in einer Untersuchung zur Verkehrsträgerwahl im Stückgutverkehr herausgefunden hat, wonach die Beförderungsdauer von 77 % der Betriebe als ausschlaggebend genannt wurde gegenüber nur 2,8 %, für die der Preis entscheidend war.

Die von v. Stackelberg formulierten und erprobten Testkriterien sind eine wichtige Hilfe für die Aufgabe der Kartellbehörden, vor einer etwaigen Mißbrauchsverfügung ein Urteil zur jeweiligen Marktkonstellation im SGV zu gewinnen ¹⁾.

6. Die Ablösung der Kundensätze durch das Empfehlungsrecht der

Spediteurverbände

a) Voraussetzungen für die Liberalisierung

Nach der kleinen Verkehrsreform kam es ab 1961 zunächst nur zur sukzessiven Einschränkung des Leistungsbereichs, für den die staatlich festgesetzten Entgelte Anwendung fanden. Die Liberalisierung der Entgelte begann 1966 mit der Einführung von Margen ²⁾. Gleichzeitig wiederholte der wissenschaftliche Beirat beim Bundesminister für Verkehr, Gruppe A Verkehrswirtschaft, seine bereits 1963 abgegebene Empfehlung, die Liberalisierung bis zur endgültigen Aufhebung der Kundensätze fortzuführen ³⁾. Dabei wurde eine durch verschärften Preiswettbewerb marktmäßig erzwungene Konzentration ausdrücklich begrüßt ⁴⁾. Daß die Kundensatzverordnung schließlich zum 30.6.1975 nicht mehr verlängert wurde, war durch drei wichtige Umstände erleichtert worden:

aa) Liberalisierung als Teil der allgemeinen Wirtschaftspolitik

Das Bundeskabinett hat mit den am 6.3.1970 beschlossenen "Grundsätzen für staatliche Preisregelungen im Hinblick auf die Wirtschaftspolitischen Ziele" (BANz 118 v. 3.7.1970, S. 1) in Ziff. 1 die Leitlinie aufgestellt, daß staatliche Preisregulierungen nur vertretbar seien, wenn die freie Preisbildung nicht zu den gewünschten Ergebnissen führen könne. Solche Regelungen seien jedoch unbedingt von Zeit zu Zeit daraufhin zu überprüfen, ob sie "ersatzlos aufgehoben, in der Form gelockert... oder durch indirekte Maßnahmen ersetzt werden können".

1) Dazu Kapitel 3 III, Ziff. 5c

2) Bönisch, S. 86

3) Gutachten vom 5.12.1970, S. 51

4) a.a.O. S. 41

Weiter war zu berücksichtigen, daß die Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen auf der Ermächtigungsgrundlage des Preisgesetzes von 1948 nicht unbestritten geblieben war. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 12.11.1958 ¹⁾ im Wege einer verfassungskonformen Eingrenzung der Ermächtigungsgrundlage ²⁾ nur solche Verordnungen als von § 2 des Preisgesetzes gedeckt angesehen, die für die Aufrechterhaltung des Preisstandes unerläßlich wären. Eine aktive, die Preis- und Wirtschaftsordnung umgestaltende Wirtschaftspolitik sei davon nicht gedeckt ³⁾. Dabei wurde auch auf den Charakter des Preisgesetzes als einer Übergangsregelung deutlich hingewiesen ⁴⁾.

Je länger sich die Kundensatzverordnung auf § 2 Preisg. stützen mußte, als desto fraglicher konnte erscheinen, ob § 2 I des Preisgesetzes noch als hinreichende Ermächtigungsgrundlage angesehen werden konnte ⁵⁾.

bb) Bahnstückgutverkehr nicht mehr Schutzzweck der Kundensätze

Trotz sinkender Markanteile des Stückgutverkehrs war es angesichts dessen geringen Anteiles am gesamten Güterverkehr der Bahn nicht mehr möglich, die Schutzrichtung der Kundensatzverordnung auf den Schutz der Bahn zu beziehen ⁶⁾. Im Ergebnis hatten sich im Stückgutverkehr auch unter Geltung der Kundensatzverordnung so hohe Defizite eingestellt, daß die Situation durch Freigabe der Kundensätze kaum schlechter werden konnte. Die Reduzierung der Stückgutbahnhöfe auf 1.000 zum 1.6.1970 konnte in Verbindung mit einer Straffung der Verkehrsabläufe nur vorübergehend zu einer Stabilisierung führen. Auch die bereits 1973 eingeleitete weitere Reduzierung auf 400 Stückgutbahnhöfe ⁷⁾ hat nicht den erwünschten Erfolg gebracht.

1) BVerfGE Band 8, S. 274-332

2) Zipfel, Einleitung von XLV IIIa

3) BVerfG a.a.O., S. 313 u. 314

4) Dies geht lt. Zipfel a.a.O. S. XXXVIII aus der amtlichen Begründung des Preisgesetzes hervor

5) Ridder, S. 311-335 verneinte angesichts der vom BVerfG 1958 a.a.O. genannten verschiedenartigen und widersprüchlichen Zwecke bereits im Jahre 1962 eine den Erfordernissen des Art. 80 Abs. 1 GG genügende Bestimmtheit.

6) So aber noch z.B. das BGH-Urteil vom 3.3.1972 LNJW 1972, S. 877

7) Das Konzept ist z.B. abgedruckt auf S. 130/131 in Band 17 der Schriftenreihe B der DVWG "Der Spediteur in der Verkehrswirtschaft" Köln 1973

cc) Marktposition der Sammelgutspediteure

Eine Sammelgutspedition kann auch großen Verladern gegenüber eine relativ starke Marktposition innehaben, da es ihr gelingen kann, noch zahlreiche andere, mitunter hunderte, Verladern an sich zu binden ¹⁾. 1973 konnte man bereits auf einige Jahre Erfahrung mit den Margen zurückblicken und sehen, daß die Marge "spielte" und sogar im Durchschnitt etwas über dem Richtsatz von 100 % lag, der bis 90 % hätte unterschritten werden dürfen ²⁾. Auch Storsberg erwähnt, daß sich die tatsächlichen Entgelte deutlich von der Margenuntergrenze abheben konnten ³⁾, so daß die "Marktmacht der Verladern" nicht unbedingt durch gesetzliche Regelungen gezügelt werden mußte.

Dennoch hätte das Speditionsgewerbe am liebsten an einer Fortgeltung der Kundensätze festgehalten ⁴⁾, konnte aber letztlich nur eine Minimallösung durchsetzen.

b) Überlegungen vor Wegfall der Kundensätze zum 30.6.1975

Noch 1973 hatte der BSL für die Zeit nach dem Auslaufen der Kundensätze als "zweitbeste Lösung" ein vom Bundesverkehrsministerium vorgeschlagenes Modell akzeptiert, wonach ein Speditoren-gremium Preisempfehlungen mit Beratung durch Verladerverbände festsetzt und veröffentlicht. Wenn ein Speditoren "von den Empfehlungen um mehr als 10 % nach oben oder unten abweichen will, muß er dies der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr anzeigen. Stellt die Bundesregierung fest, daß der Sammelgutverkehr ruinös ist, sollte sie ermächtigt sein, zeitlich begrenzt einen Mindesttarif zu verordnen" ⁵⁾.

Es zeichnete sich aber schon damals ab, daß das Bundeswirtschaftsministerium und die verladende Wirtschaft bloße Preisempfehlungen vorzog ⁶⁾. Diese letztlich durchgeführte Lösung wurde dadurch

1) W.H. Gottschalk, Vortrag 1971 in Timmendorf im Seminar der Daimler-Benz AG "Die Rolle des Lkw im Güterverkehr", S. 76 ff der Zusammenstellung der Fach-Referate.

2) May in DVWG Band 17, S. 75; May im DVWG Band 33, S.95

3) Storsberg III S. 131

4) Gottschalk a.a.O. S. 78

5) May DVWG Band 17, S. 75

6) May a.a.O. S. 75

erleichtert, daß sich die Entgelte deutlich über die seit 1973 eingefrorene Untergrenze hinaus entwickeln konnten und nicht wie im Güterfernverkehr meist direkt an der Margenuntergrenze lagen ¹⁾.

KAPITEL 2 =====

DIE FREISTELLUNG NACH § 99 Abs. 2 GWB IM SYSTEM DES DEUTSCHEN KARTELLRECHTS

1. Die Funktion des Wettbewerbsrechts

a) Konzeption des GWB - - - - -

Erst 5 Jahre nach Inkrafttreten des GÜKG wurde das GWB am 27.7.1957 nach intensiven Auseinandersetzungen u.a. um den Umfang der Ausnahmereiche gem. den §§ 99f ²⁾ verkündet und trat zum 1.1.1958 in Kraft. Ein wesentliches Argument für den Ausnahmereich Verkehr bildeten die staatlichen Preis- und Marktzugangsregulierungen im Güterverkehr. Im folgenden wird kurz die wettbewerbspolitische Konzeption des GWB und seiner Ausnahmereiche als Voraussetzung für die Bestimmung von Sinn und Zweck des Empfehlungsverbotes und der Freistellung erläutert.

Das GWB verzichtet bewußt auf die Definition von zwei seiner zentralen Begriffe, nämlich von "Wettbewerb" und "Wettbewerbsbeschränkung" ³⁾. Auf Grund dieses Verzichts wurde es erforderlich, eine Reihe daran anschließender rechtlicher Zweifelsfragen, wie insbesondere zur Mißbrauchsproblematik, in einem langen Prozeß der Rechtsentwicklung durch Kartellbehörden, Rechtsprechung, Literatur und den Gesetzgeber zu klären, statt sie auf einfachem Wege aus den Definitionen ableiten zu können ⁴⁾.

1) Hoener, S. 96

2) Die folgenden §§-Angaben ohne Nennung des Gesetzes beziehen sich immer auf das GWB

3) Der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages hat eine auf die Unternehmensleistung abzielende Definition ersatzlos gestrichen. Wie u.a. Hoppmann I, S. 95 ff nachweist, wurden die an die Freiburger Schule der Deutschen Nationalökonomie (Walter Eucken; Leonhard Miksch) angelehnten Vorstellungen der "vollständigen Konkurrenz" als der anzustrebenden Marktstruktur im Regierungsentwurf von 1955 während der weiteren Gesetzesentwicklung deutlich zurückgedrängt.

4) Ewers, S. 63 ff

Auch über die Grundkonzeption des GWB und sein Schutzobjekt besteht keine Einigkeit. Für die Einschätzung des "Großversuch" ¹⁾ SGV und zur Bestimmung von Mißbrauchstatbeständen und etwaigen Maßnahmen dagegen hat die Bestimmung des Schutzobjekts Bedeutung.

aa) Wettbewerb als nichtautoritäres Kontrollsystem

Die beiden wesentlichen Standpunkte lassen sich vereinfacht so darstellen, daß die "Neoklassische" Linie ²⁾ eine weite Fassung des Begriffs verfolgt, nämlich "Wettbewerb als Ziel an sich". Hoppmann beschreibt den Wettbewerb als ein "nichtautoritäres Kontrollsystem", für das eine Rahmenordnung aufzustellen ist ³⁾, innerhalb deren sich die Marktprozesse frei entwickeln können. Da bei diesem Verständnis Wettbewerb auch als Informations-, Such- und Lernprozeß zu verstehen ist, können dessen ⁴⁾ Ergebnisse nicht im voraus bestimmt werden, sondern sind im Prozeß erst zu entwickeln. Der Prozeß vollzieht sich in der doppelten Freiheit sowohl gegenüber Konkurrenten als auch in der Auswahl der Marktpartner.

bb) Wettbewerb als Instrument für gute ökonomische Ergebnisse

Einen anderen Schwerpunkt setzen die Bemühungen, den Wettbewerb als Instrument zur Erreichung "guter ökonomischer Ergebnisse" ⁵⁾ anzusehen und in diesem Sinne einzusetzen. Kantzenbach entwickelt daraus ein Konzept der "optimalen Wettbewerbsintensität", bei der sich die dynamischen Wirkungen eines Strebens nach höherer Effizienz und besserer Qualität im Zusammenspiel mit einem kontinuierlichen Preisdruck am besten ausprägen würden. In der Regel sei dafür die Marktform des "weiten Oligopols" am besten geeig-

1) Vorwort des BSL zur Fassung der BSKE vom 1.3.1981, S. 3

2) Der "Neoklassiker" Hoppmann stellt einen direkten Bezug zur Klassik von Adam Smith her und möchte auf den Zusatz "neo" verzichten, Hoppmann I, S. 81

3) Gemeint ist eine Rahmenordnung im Sinne der "Rule of Law" des US-Kartellrechts, Hoppmann I, S. 83

4) Hoppmann I, S. 90 in Anlehnung an F.A.v. Hayek

5) Dieser Ansatz geht auf erste Überlegungen zum sog. "funktionsfähigen Wettbewerb" von J.M.Clark im Jahre 1940 zurück: "Toward a Concept of Workable Competition", Übersetzt abgedruckt in Herdzina, S.143-160. In Deutschland baute Kantzenbach den Ansatz auf der Basis von Clark's Spätwerk "Competition as a Dynamic Process", Washington, 1961, in seiner Schrift "Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs", Göttingen, 1966, aus. Für diese Arbeit genügt wegen des Bezugs auf die Verkehrswirtschaft die Kurzdarstellung in Ewers, S. 79-85.

net ¹⁾, d.h. eine überschaubare, sich gegenseitig kontrollierende Zahl von Wettbewerbern. Von ihnen ist kein Unternehmen marktbeherrschend, aber viele sind groß genug, um als potentielle Bedrohung ihrer Konkurrenten Wettbewerbsdruck auszuüben. Optimal sind Wettbewerbsverhältnisse dann, wenn die folgenden Wettbewerbsfunktionen optimiert werden können.

cc) Funktionen des Wettbewerbs

Clark stellte 1940 10 Teilfunktionen auf, die Kantzenbach in fünf, heute verbreitet genannten ²⁾, Funktionen zusammenfaßte. Besonders plausibel sind die Funktionen von Schuster ³⁾, die hier mit Beispielen aus dem Verkehr ergänzt werden.

(1) Steuerungsfunktion

- Allokation

Die beschränkten Produktionsfaktoren einer Volkswirtschaft sollen in die bestmöglichen Verwendungen fließen, d.h., die Faktoren sollen u.a. möglichst stark ausgelastet werden.

Insofern widerspricht das Drittbeförderungsverbot im Werkverkehr einer optimalen Ressourcenallokation, da es zu einer Auslastung iHv nur etwa zwei Dritteln des Güterfernverkehrs führt (s.Kap.1, Ziff.5 c, bb). Begründet wird dies mit dem vorrangigen Schutz der Bundesbahn, wobei insbesondere die langfristigen Gefahren einer solchen Schutzpolitik ⁴⁾ nicht empirisch überprüft wurden, bzw. überhaupt überprüft werden können.

- Indikator

Die am wichtigsten eingeschätzten Verwendungsmöglichkeiten erzielen den höchsten Preis im Markt. Somit geben die Preise unerläßliche Hinweise z.B. auf Engpässe und Nutzerpräferenzen. Die jahrzehntelang bestehende Tarifgleichheit von Schiene und Straße verletzte diese Indikatorfunktion.

- Selektion

Der Preismechanismus soll langfristig zum Ausgleich von Angebot und Nachfrage führen. Nachfrager mit einem zu niedrigen Preis-

¹⁾ Ewers, S. 97

²⁾ Aberle I, S.50; Ewers, S. 82

³⁾ Schuster, S. 22 ff

⁴⁾ z.B. rügt Aberle I, S.54, daß auf Grund der Schutzpolitik die Notwendigkeit, die Eisenbahnen technisch-organisatorisch und finanzwirtschaftlich umzugestalten, zu spät erkannt worden sei.

angebot werden nicht bedient, Anbieter mit zu hohen Preisen können ihre Leistung nicht absetzen.

- Koordination

Die Preise koordinieren somit die Angebotskapazitäten - und Techniken mit den Nachfragebedürfnissen.

(2) Anreizfunktion

Der Wettbewerb treibt als Motor weitere dynamische Verhaltensweisen an wie Rationalisierungen und Kostensenkungen, die Innovation neuer Produkte und Dienstleistungen mit Realisierung des technischen Fortschritts.

(3) Verteilung

Als Treibstoff des Motors kann man die Verteilung der Erträge auf juristische und natürliche Personen sehen. Die Erträge belohnen besondere Leistungen im Wettbewerb. Je höher sie sind, desto größer ist jedoch ihre Bedrohung durch potentielle Wettbewerber, da neue Produktionsfaktoren in hochrentierliche Bereiche gezogen werden. Eine der Besonderheiten des Verkehrs aber wurde z.B. darin gesehen, daß der Wettbewerb bei fallenden Erträgen noch heftiger und letztlich für die ganze Branche ruinös werden kann.

(4) Gewährleistung einer freiheitlichen Ordnung

Die Auswahl- und Handlungsfreiheit für Konsumenten und Produzenten ist zwar zuletzt aufgezählt worden, kann aber sogar als Oberziel oder im Sinne von Hoppmann als die notwendige freiheitliche Rahmenordnung (Wettbewerb als "Ziel an sich") gesehen werden. Sie geht über die drei erstgenannten ökonomischen Funktionen hinaus, da sie in einer Marktwirtschaft nicht nur instrumentalen Charakter hat, sondern, worauf Hoppmann richtigerweise immer wieder verweist, als die Richtschnur zu gelten hat, nach der im Zweifel ein freiheitlicher, marktwirtschaftlicher Weg den Vorzug vor staatlichen Regulierungen verdient.

Eine solche Funktionenbildung erscheint auch nach dem Ansatz von Hoppmann möglich. Denn Hoppmann wendet sich primär gegen die Unterordnung dieser Funktionen unter gesamtwirtschaftliche Effizienz.

oder sogar "Optimierungs"-Überlegungen ¹⁾.

dd) Wettbewerb als Mittel und als Ziel

Die beiden unterschiedlichen Leitbilder wirken sich entscheidend nicht in der Beurteilung der Wettbewerbsfunktionen aus, sondern in praktischen Fragen wie z.B. der Ausgestaltung der Mißbrauchsaufsicht und der Ausnahmereiche (dazu folgt Ziff. 1b). Die mehr instrumentale Linie zieht häufig - nur selten empirisch abgesicherte - kausale Schlüsse von einer bestimmten Marktstruktur auf das Verhalten der Marktteilnehmer und daraus auf das Marktergebnis ²⁾. Mit Hilfe dieser Annahmen erhält man prognostische Maßstäbe, an denen sich Maßnahmen der Kartellbehörden ausrichten können.

Die "skeptische" Linie Hoppmann's betont die Unmöglichkeit einer exakten Prognose, welche konkreten Ergebnisse eine bestimmte Wettbewerbsbeschränkung haben wird ³⁾. Daraus folgt die Ablehnung u.a. des Schlußes vom Marktergebnis auf ursächliches, vom Kartellamt zu sanktionierendes Verhalten, insbesondere die Ablehnung des "Als-ob-Konzepts" der Mißbrauchsaufsicht.

Im Ergebnis wird heute nach h.M. Wettbewerb in Anlehnung an Hoppmann als "Ziel an sich" und gleichzeitig als Instrument zur Erreichung ökonomischer Ziele angesehen ⁴⁾. Dieser Kompromiß liegt dem oft als Ziel des GWB, aber auch der speziellen Verkehrsgesetze wie dem GÜKG ⁵⁾, genannten "funktionsfähigen Wettbewerb" zugrunde. Dieser Wettbewerb soll die in cc) genannten Funktionen erfüllen, ohne daß das jeweilige Ausmaß definiert werden könnte.

Daß diese Integration entgegen der reinen Lehre von Hoppmann sinnvoll ist, wird am Beispiel der für diese Arbeit wichtigen, in der folgenden Ziff. 1b skizzierten, Diskussion um die Ausnahmereiche deutlich. Andererseits erscheint die Besinnung auf die

1) Hoppmann I, S. 75 ff

2) z.B. Aberle I, S. 53, der unter Marktergebnis u.a. die Entwicklung von Preisen, Kosten, Produktqualitäten, technischer und organisatorischer Fortschritte versteht.

3) z.B. Hoppmann III, S. 6; IV, S. 15 unter Berufung auf v. Hayek

4) u.a. Ewers, S. 83, S. 90

5) Immenga I, S. 82, S. 118

beschränkten Prognosemöglichkeiten ¹⁾ nötig, um allzu schematische Maßnahmen der Kartellbehörden zu verhindern. Diese drohen, wenn z.B. die Mißbrauchskriterien des Preisempfehlungsrechts von Markenwaren nach § 38 a Abs. 3 GWB auf das Empfehlungsrecht des BSL übertragen würden.

ee) Schutz von individuellen und öffentlichen Interessen

Ein integrierender Ansatz ist auch für die Diskussion angebracht, ob das GWB eher privatrechtlich am Schutz von Individualinteressen oder öffentlich-rechtlich an "gesamtwirtschaftlichen" ²⁾ Interessen ³⁾ ausgerichtet ist.

Baur zeigt deutlich, daß insbesondere die Mißbrauchsaufsicht letztlich eine Doppelfunktion haben muß ⁴⁾, die den Individualschutz mit wirtschaftspolitischen Zwecken verbindet. Dies wurde auch in der frühen wettbewerbsrechtlichen Spezialliteratur so gesehen ⁵⁾. Die Mißbrauchsaufsicht des BKartA gegenüber den BSKE ist somit nicht davon abhängig, daß in jedem Fall Individualinteressen von Verladern geschützt werden müssen. Vielmehr kann das BKartA auch "öffentliche" Interessen geltend machen, wobei jedoch wie in Kap. 3 gezeigt wird - eine Interessenabwägung immer erforderlich ist.

1) Schmidchen, S. 472; Hoppmann III, S. 6

2) Hoppmann I, S. 77 bestreitet aus ökonomischer Sicht die Zulässigkeit einer "gesamtwirtschaftlichen" Betrachtung, da keine widerspruchsfreien allgemeingültigen Wertmaßstäbe dafür existieren würden. Andererseits ist es in der juristischen Praxis unvermeidlich und üblich, z.B. für die Auslegung der Grundrechte, individuelle von öffentlichen Interessen abzugrenzen, die sich nur als Reflex auf die Individuen auswirken und i.d.R. nicht dem Grundrechtsschutz unterliegen.

3) Auch als Institutionsschutz bezeichnet, was Hoppmann I, S. 102 als nebulös ansieht

4) Baur, S. 57 ff

5) z.B. Steindorff, S. 12 ff

b) Konzeption der Ausnahmereiche

Hoppmann hält es für verfehlt, Ausnahmereiche ökonomisch zu begründen, da sie meist aus einer politischen Entscheidung resultierten ¹⁾. Er verneint, daß die Wettbewerbswirkungen so genau erforscht werden könnten, daß ein Ausnahmereich mit bestimmten ökonomischen Zielen gerechtfertigt werden könnte.

Dem hält z.B. Tolksdorf ²⁾ entgegen, daß die Wettbewerbstheorie in der Lage sein müsse, Kriterien zur ökonomischen Beurteilung von wettbewerbsrelevanten Tatbeständen wie den Ausnahmereichen zu liefern. Nur damit könne dem Mißbrauch ökonomischer Trivialargumente im politischen Bereich begegnet werden. Zur Beurteilung von Wettbewerbswirkungen müßten testbare Hypothesen über die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs aufgestellt werden.

Demgegenüber liefert Hoppmann's grundsätzlich ablehnende Haltung für die Beurteilung wettbewerbspolitischen Verhaltens in bestehenden Ausnahmereichen keine Kriterien. Der Wechsel von den nach § 99 Abs. 1 freigestellten Kundensätzen zum Empfehlungsrecht nach § 99 Abs. 2 ist natürlich aus der Sicht beider Ansätze als Verminderung staatlich erzwungener Wettbewerbsbeschränkungen begrüßenswert.

Hoppmann's generelle Warnung davor, die Steuerbarkeit der Wettbewerbsprozeße und die Effizienz staatlicher Eingriffe zu überschätzen ist gerade im Verkehrssektor zu beachten. Denn es hat sich gezeigt, daß das insbesondere mit dem Schutz der Bahn angegebene Ziel von Kontingentierung und Tarifpflicht im Straßengüterfernverkehr nicht erreicht wurde. Dabei ist keineswegs geklärt, ob diese Mittel per se untauglich waren oder ob z.B. die Bahn aufgrund des Konkurrenzschutzes in die Lage versetzt wurde, eine überalterte Unternehmenspolitik beizubehalten. Hoppmann's Befürchtung einer "Hybris der Erkenntnis" befreit aber nicht von der Notwendigkeit, z.B. für wettbewerbspolitische Alternativen in bestehenden Ausnahmereichen fundierte Entscheidungsgrundlagen zu gewinnen. Somit ist die Formulierung von Testkriterien für das Wettbewerbsverhalten und die Marktergebnisse nützlich, auf deren Basis über-

¹⁾ Hoppmann II, S. 166

²⁾ Tolksdorf II, S. 547

prüft werden könnte, ob im SGV tatsächlich eine "ruinöse Konkurrenz" vorliegen sollte, falls die Spediteurverbände das Bundeswirtschaftsministerium an sein beim Auslaufen der Kundensätze abgegebenes Versprechen erinnern sollten, die Kundensätze wieder einzuführen ¹⁾.

2. Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts

a) Wettbewerb

Der Wettbewerb vollzieht sich durch das Handeln der Wirtschaftssubjekte, die frei sind in Bezug auf ihre Konkurrenten ²⁾ und in den Auswahlmöglichkeiten unter Marktpartnern ³⁾. Unter Bezug auf die dem Kartellverbot nach § 1 Abs.1 Satz 1 GWB unterliegenden Unternehmen hat sich folgende Definition über die verschiedenen wettbewerbstheoretischen Vorstellungen hinweg herausgebildet. Demnach kann Wettbewerb als Prozeß angesehen werden, in dem "sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussende Anbieter und Nachfrager nach Geschäftsverbindung mit Dritten durch In-Aussicht-Stellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen in unabhängiger Weise streben" ⁴⁾.

b) Wettbewerbsbeschränkungen

An die Definition des Wettbewerbs anknüpfend kann man in eine formale und eine materielle Wettbewerbsbeschränkung unterscheiden ⁵⁾. Sie ist formal, wenn das selbständige Streben der Wirtschaftssubjekte verringert wird und materiell, wenn sich die Zahl der tatsächlich offenstehenden Geschäftsmöglichkeiten verkleinert.

Eine formale Wettbewerbsbeschränkung muß nicht immer zu einer materiellen führen. Auch will dieser Ansatz keine kausale Erklärung für die Ursachen eines verringerten Strebens oder eines geringeren Spektrums an Geschäftsmöglichkeiten geben. Dennoch gibt es in der für die Wettbewerbspolitik besonders wichtigen zeitlichen Dimension eine praktische Erfahrung, wonach ein eingeschränktes Streben

¹⁾ Storsberg teilte im Frühjahr 1976 mit, dieses Versprechen habe damals noch niemand einlösen wollen, "Der Güterverkehr", 1976 S.201

²⁾ sog. "Parallelprozeß", Hoppmann I S. 81

³⁾ sog. "Austauschprozeß", Hoppmann I S. 81

⁴⁾ Borchardt/Fikentscher S.15; z.B. ähnlich Emmerich, S.11; Ewers S.62

⁵⁾ Borchardt/Fikentscher S. 29

häufig auch zu reduzierten Geschäftsmöglichkeiten führen wird.

Im Verkehr gibt es zahlreiche Beispiele von Wettbewerbsbeschränkungen wie die oben erläuterte Kontingentierung und Konzessionierung im Straßengüterverkehr. Durch beide Maßnahmen wird das selbständige Streben der einzelnen, sich gegenseitig beeinflussenden Unternehmen nach Geschäftsverbindung mit Dritten beschränkt, weil z.B. die Kapazität wegen der Kontingentierung nicht erweitert werden kann oder ein Preiswettbewerb nur innerhalb von relativ kleinen Margen (+ 5 bis -10 % im Güterfernverkehr) stattfinden kann.

c) Motive für Wettbewerbsbeschränkungen

Ein wesentliches Handlungsmotiv für Wirtschaftssubjekte ist das Streben nach Sicherheit, bzw. die Verminderung von Risiken. Der Bedrohung durch die Konkurrenten im Wettbewerb kann auf mehrere Weise begegnet werden.

Z.B. kann die Leistung im Vergleich mit den Konkurrenten gesteigert werden. Dies trägt zur Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen bei. Werden dagegen unlautere Mittel eingesetzt oder findet ein unlauterer Nichtleistungswettbewerb statt, kommen die Schutzbestimmungen des UWG zum Tragen. Im Rahmen des 3. Kapitels wird die Relevanz des UWG für die BSKE später noch behandelt.

Die Risiken des Wettbewerbs können aber auch durch Wettbewerbsbeschränkungen vermindert werden, indem die Geschäftsmöglichkeiten einer Marktseite durch horizontale oder vertikale, das unabhängige Erfolgsstreben verringernde Verhaltensweisen der Marktgegenseite eingeschränkt werden.

d) Maßnahmen gegenüber Wettbewerbsbeschränkungen

Das GWB baut zunächst auf einem allgemeinen Verbot wettbewerbsbeschränkender Verträge und Beschlüsse auf und unterstellt die Ausnahmen davon dann der Mißbrauchsaufsicht. Somit gibt es grundsätzlich zwei Mittel gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Ihr Verbot oder ihre Kontrolle bei grundsätzlicher Zulässigkeit im Wege der Mißbrauchsaufsicht.

Neben den Verträgen, als zwingendster Form der Wettbewerbsbeschränkungen durch zwei- oder mehrseitige, übereinstimmende und bindende Willenserklärungen im horizontalen oder vertikalen Bereich ist das abgestimmte Verhalten (§ 25 Abs.1) verboten, das ohne Bindungswirkung vorliegen kann. Weiter sind u.a. auch bestimmte einseitige Einflußnahmen verboten, wie z.B. zu boykottieren (§ 26 Abs.1) oder durch Druck oder Anreiz ein Verhalten zu erreichen, das vertraglich nicht vereinbart werden dürfte (§ 25 Abs.2). Dazu gehört auch das Empfehlungsverbot nach § 38 Abs.1 Nr. 11, das zur Umgehung des Kartellverbots führen kann.

e) Gründe für das Empfehlungsverbot

Empfehlungen werden als rechtlich unverbindliche Erklärung definiert, durch die der Empfehlende dem Empfänger etwas als gut oder vorteilhaft mit dem Bestreben anrät, den Empfänger dadurch zu beeinflussen ¹⁾. Verbandsempfehlungen an Unternehmen als Verbandsmitglieder können allein die Unsicherheit im Wettbewerb über das Verhalten der Konkurrenten nicht beseitigen. Sie können aber beim Empfehlungsempfänger die Erwartung begründen, daß durch Befolgen der Empfehlung sein wirtschaftliches Risiko sinkt, da je nach Einzelfall Grund zur Annahme eines gleichförmigen Verhaltens der anderen Wettbewerber bestehen kann ²⁾. Ein Bewußtsein der Empfehlungsempfänger vom gleichförmigen Verhalten ist nicht nötig ³⁾.

Da die Empfehlungen in der Regel zeitlich vor eigenen Maßnahmen ausgesprochen werden, wie z.B. verbandsseitig, turnusmäßig empfohlene Preiserhöhungen, stellen sich die Wettbewerber tendenziell auf die Empfehlungen ein. Dies kann zu einer Beschränkung der angebotenen Geschäftsmöglichkeiten durch gleichförmiges Verhalten hinsichtlich der wesentlichen Wettbewerbsparameter Preis und Bedingungen führen. Wettbewerbsbeschränkungen liegen somit nicht bereits mit dem Aussprechen der Empfehlungen vor, sondern erst dann, wenn ein gleichförmiges Verhalten von mindestens zwei Unternehmen ⁴⁾ bewirkt worden ist. In einem polypolystischen Markt, wie etwa dem

¹⁾ BGH WUWE 370; diese weite Definition ist heute kaum noch bestritten, Immenga - Mestmäcker, Tiedemann, Anm.116 zu § 38

²⁾ Gemeinschaftskommentar, Mayer - Wegelin, Anm.27 zu §38(3.Aufl.)

³⁾ Immenga - Mestmäcker, Tiedemann, Anm.120 zu § 38

⁴⁾ Langen-Niederleithinger-Schmidt, Anm.15 zu § 38; Immenga - Mestmäcker, Tiedemann, Anm.149 zu § 38; Fikentscher I, S.65

von etwa 3.000 Sammelgutspediteuren, kann ein gleichförmiges Verhalten selbstverständlich nicht bereits gesehen werden, wenn sich nur 2 Spediteure gleichförmig verhalten. Es ist daher notwendig, zumindest vorzusehen, daß sich nicht nur "ganz wenige" gleichförmig verhalten ¹⁾ oder daß sich ein wesentlicher Teil der Empfänger so verhält ²⁾. Auf Grund der Freistellung hat diese Frage hier aber nur theoretische Bedeutung, falls sich im Falle von Mißbrauchsmaßnahmen der BSL auf den - derzeit abwegigen - Standpunkt stellen würde, seine Preisempfehlungen bewirkten kein gleichförmiges Verhalten.

Welche Interessen der Empfehlende letztlich verfolgt, ist nicht wesentlich ³⁾. Auch spielt es keine Rolle, ob die Empfehlungen schriftlich, mündlich oder konkludent abgegeben werden ⁴⁾. Die Empfehlungen müssen schließlich kausal für das gleichförmige Verhalten sein, allerdings nicht im Sinne einer "conditio sine qua non". Eine bestärkende Wirkung genügt und muß nicht so stark sein, daß die Handlungsfreiheit der Unternehmen beeinträchtigt wird ⁵⁾.

Empfehlungen sind im deutschen Kartellrecht somit im Ergebnis erst als Wettbewerbsbeschränkung zu qualifizieren, wenn das gleichförmige Verhalten hinzutritt. Im europäischen Kartellrecht genügt das gleichförmige Verhalten nicht, sondern muß untereinander abgestimmt sein ⁶⁾. Der Umgehungserfolg besteht im Eintritt des Zustands, der durch das Umgehungsverbot verhindert werden soll. Dies macht verständlich, daß die BSKE vom BSL als die im Vergleich zu einem Kartell einzig praktikable Form angesehen wurden, da ein Kartell von ca. 3.000 Sammelgutspediteuren weder hätte zustande kommen noch den zu erwartenden Spannungen im Preisgefüge hätte standhalten können. Die Empfehlungen im SGV sind somit zur Umgehung des Kartellverbots geeignet.

-
- 1) Langen et al. Anm. 15 zu § 38; Tiedemann a.a.O. nennt als Mindestvoraussetzung nur 2 Unternehmen
 - 2) Gemeinschaftskommentar, Mayer-Wegelin, Anm. 28 zu § 38
 - 3) Immenga -Mestmäcker, Tiedemann, Anm. 179 zu § 38
 - 4) Tiedemann a.a.O. Anm. 120 zu § 38
 - 5) Tiedemann a.a.O. Anm. 154 zu § 38
 - 6) Zum abgestimmten Verhalten im einzelnen Ziff. 7 dieses Kapitels; zum europäischen Kartellrecht Kapitel 4

f) Die Abgrenzung des relevanten Marktes

Die kartellrechtliche Beurteilung einer Unternehmenshandlung hängt entscheidend von dem Markt ab, in dem sich diese Handlung auswirkt. So gilt z.B. für die Grenze, von der ab ein Kartell nach § 1 spürbar wird oder die Marktposition eines Unternehmens marktbeherrschend nach § 22 wird, daß diese Grenze umso später erreicht wird, desto weiter der jeweilige "relevante" Markt in räumlicher, zeitlicher, personaler und funktionaler Sicht definiert wird. Ist die Grenze zu eng gezogen, kann jeder Marktteilnehmer zum Monopolisten oder Monopsonisten werden, ist sie zu weit gesteckt, wird immer Wettbewerb vorliegen ¹⁾.

Angesichts der Fülle von zu berücksichtigenden Umständen ist eine allgemeingültige Definition ausgeschlossen, so daß fallbezogene Marktstrukturuntersuchungen erforderlich sind ²⁾. Die Wettbewerbstheorie hat verschiedene Abgrenzungskonzepte entwickelt ³⁾, die hier nicht näher zu erörtern sind. Denn relevante SGV-Märkte brauchen in erster Linie nur regional abgegrenzt zu werden, weil es im SGV weniger um die Bestimmung einer - ohnehin kaum realitätsnahen - marktbeherrschenden Stellung durch die schwierigere funktionale Marktabgrenzung geht. In Kapitel 5 werden noch weitere Instrumente des GWB zur Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs behandelt, bei denen die Frage der Marktmacht auf einem relevanten Regionalmarkt angeschnitten wird. Hier ist dann zu beachten, daß wegen der hohen Mobilität des Lkw ein potentieller, intrasektoraler Wettbewerb im SGV sowie ein intersektoraler Wettbewerb zum DEGT-, RKT-Stückgutverkehr und zum Werkverkehr besteht, der eine Erweiterung auch in funktionaler Sicht erfordert. Daneben ist von Bedeutung, ob die Feststellung eines Mißbrauchs in einem Regionalmarkt auch für die übrigen Märkte von Bedeutung ist. Mit der 4. Kartellnovelle von 1980 wurde der relevante Markt für einen Mißbrauch im Falle von Preisempfehlungen für Markenwaren auf einen "wesentlichen

-
- 1) F.v.Stackelberg, S. 23, dessen allgemeine Ausführungen zum relevanten Markt auf S.62 ff durch spezielle Kriterien für den Verkehr ergänzt werden
 - 2) Aberle II, S.317 in Anlehnung an den wirtschaftspolitischen Ausschuß des Bundestages anläßlich der 1. Kartellnovelle im Jahre 1965
 - 3) Auch heute noch grundlegend: E. Kaufer "Die Bestimmung von Marktmacht", Bern 1967

Teil des Bundesgebietes" - wie z.B. schon ein kleineres Bundesland - eingegrenzt ¹⁾. Damit sollte der Untersuchungsaufwand des BkartA auf einen Regionalmarkt etwa mit der Fläche des Saarlandes begrenzt werden können ²⁾. Diese Begrenzung ist für den SGV aber zu eng. Denn die Zweckrichtung von § 99 Abs.2 Nr. 5 unterscheidet sich vom Zweck der Markenwarenempfehlungen ³⁾ und läßt den Schluß von einem Regionalmarkt auf den gesamten SGV-Markt nur bei stark ausgeprägter Homogenität der Regionalmärkte zu.

3. Die kartellrechtliche Lage bis zum Auslaufen der staatlichen

Kundensätze

Nach § 99 Abs.1 Satz 1 GWB waren bis zum Auslaufen der Kundensatzverordnung am 30.6.1975 die Spediteursammelgutverträge vom GWB freigestellt. Denn in ihnen kamen nur die in der Kundensatzverordnung festgelegten Bedingungen und Entgelte zur Anwendung. Ob dadurch die auf Festtarifen beruhenden Verträge auch z.B. vom Diskriminierungsverbot des § 26 Abs.2 GWB freigestellt worden waren, wurde für die ähnliche Rechtslage im Eisenbahn- und gewerblichen Güterkraftverkehr einige Zeit diskutiert ⁴⁾, ist aber nach Aufhebung der Kundensatzverordnung hier nicht mehr von Belang.

Da bereits ab 1966 die Kundensätze in der Form von Margentarifen galten, war der Spielraum innerhalb der Marge nicht vom GWB freigestellt, so daß weder seitens der Spediteurverbände noch seitens

- 1) Mußler II, S.601, der sich auf den Regierungsentwurf zur 4. Novelle stützt. Demnach genügt es, wenn die Marktpreise in einem wesentlichen Teil des Bundesgebietes und in einer Mehrzahl von Fällen die empfohlenen Preise erheblich unterschreiten. Dieses Kriterium ist jedoch auf die BSKE nicht als Mißbrauchstatbestand, sondern höchstens als Aufgreifmerkmal verwendbar, dazu Kapitel 3 III 5.
- 2) Mußler a.a.O.; Immenga -Mestmäcker, Sauter Anm.104 zu § 38a
- 3) Dazu vor allem Kapitel 3 III 2
- 4) Bei der Frage, ob bestimmte Ausnahmetarife der Bundesbahn als Diskriminierung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen aufgefaßt werden könnten, hatte Fikentscher (II, S.25; III, S.21) die Anwendbarkeit des § 26 Abs.2 nicht nur für Margentarife, sondern auch bei Freistellung von Festtarifen gem. § 99 Abs.1 bejaht. Storsberg widersprach dem entschieden in II, S.70. Ihm stimmte z.B. auch Immenga, I, S.17, zu. In dieser Diskussion, die bis heute durch Spezialliteratur zum Wettbewerbsrecht des Verkehrs kaum ergänzt wurde, sind eine Reihe weiterer verkehrsrechtlicher Fragen, insbesondere zu den in den sog. Wettbewerbsparagrafen (z.B. § 7 GÜKG)benutzten Begriffen aufgeworfen worden, die auch für diese Arbeit noch von Interesse sein werden.

einzelner Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Handlungen vorgenommen werden durften. Darin besteht Einverständnis in der Literatur ¹⁾. Das BkartA hat entgegenstehende Wettbewerbsbeschränkungen stets untersagt. Zuletzt wandte es sich gegen die im November 1973 ausgesprochene Empfehlung des Bundesverbandes des Deutschen Güterfernverkehrs (BDF) an seine Mitgliedsunternehmen, angesichts der damaligen Treibstoffverteuerung die RKT-Richtpreise nicht mehr zu unterschreiten, bei denen eine Minusmarge von ca. 10 % zulässig war. Das BkartA stellte das damals eingeleitete Bußgeldverfahren wegen Verstoß gegen das Empfehlungsverbot jedoch ein, als sich herausstellte, daß die nur einmal ausgesprochene Empfehlung nach Auskünften der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr keinen Einfluß auf das nach wie vor unter den Richtsätzen des RKT liegende Preisniveau gehabt hatte ²⁾.

Die restriktive Haltung des BkartA gegenüber zusätzlichen Wettbewerbsbeschränkungen, z.B. durch gemeinsame Kalkulationsschemata mit konkretisierten Kostenangaben oder gegenüber Kundenschutzvereinbarungen ³⁾ ist kritisiert worden. Storsberg regte die Prüfung an, ob kontrollierbare Preisabsprachen nicht weniger schädlich wären, als die aufwendigen staatlichen Preisregulierungen ⁴⁾. Dieser Gedanke wurde dann 1975 für die Kundensätze realisiert. Konsequenter Verfolgung bedeutet die Idee der Liberalisierung durch Wettbewerbsbeschränkungen, daß das BkartA ein - in seinem Ermessen liegendes - Einschreiten gegen Wettbewerbsbeschränkungen solange nach Möglichkeit aufschiebt, als diese in Zusammenhang mit Liberalisierungsmaßnahmen einhergehen. Diese Überlegung wird später, insbesondere bei der Mißbrauchsaufsicht nochmals aufgenommen.

1) Gemeinschaftskommentar, Gleiss-Hootz, Anm. 23 zu § 99 GWB (3. Aufl.); Fikentscher II, S. 25; Storsberg II, S. 42; Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 4 zu § 22 GÜKG.

2) BkartA Tätigkeitsbericht 1974, BT Drs. 7/3791, S. 80

3) z.B. Hallmann, S. 247; Binnenbruck, S. 184 und S. 188

4) Storsberg V, S. 112

4. Gründe für die Einfügung des § 99 Abs. 2 Nr. 5 GWB

Die BSKE wurden eingeführt, damit der SGV nach Aufhebung der Kundensatzverordnung dem GWB nicht in vollem Umfang unterstellt sein sollte. Dagegen sprachen nämlich folgende Gründe:

a) Vermeidung eines Strukturbruchs

Der ersatzlose Wegfall der Kundensatzverordnung hätte zu einer plötzlichen Orientierungslosigkeit im SGV geführt. Die Bundesregierung hätte sich von Seiten der Spediteure entgegenhalten lassen müssen, daß sie auch im rechtsstatlichen Interesse ein Mindestmaß an Kontinuität ihrer Wirtschaftspolitik verfolgen müsse. Die rechtliche Stichhaltigkeit dieses Argument braucht hier nicht näher untersucht zu werden. Dennoch ist es wichtig, darauf aufmerksam zu machen, daß der Staat mit Liberalisierungen schon deshalb behutsam sein muß, da seine eigenen Preis- und Kapazitätsregelungen das übliche unternehmerische Denken und die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Sektors vermutlich geschwächt haben. Dies wird weniger im SGV als im Güterfernverkehr deutlich, wo in jahrzehntelanger Tarifüberwachung gegen Tarifunterschreitungen vorgegangen wird, obschon sie die Fuhrunternehmen bewußt im eigenwirtschaftlichen Interesse vornehmen. Daß eine Liberalisierung nur behutsam ablaufen kann, wird auch von den Kritikern der bestehenden Marktordnung im Güterfernverkehr anerkannt und befürwortet ¹⁾. Juristisch wurde dieser Gedanke auch als Verpflichtung aus vorangegangenen Tun fixiert ²⁾. Im Ergebnis war es also nötig, den Spediteuren eine Orientierungshilfe im Wettbewerb zu geben, die bisher durch die Margentarife gegeben war.

b) Orientierungshilfe für die Verlader

Das Empfehlungsrecht sollte auch für die Verlader eine Orientierungshilfe darstellen ³⁾, ähnlich wie die Markenwarenempfehlungen für die Verbraucher nach Wegfall der Preisbindung ⁴⁾. Diese, durch

¹⁾ Willeke I, S.183; Willeke-Aberle, S.14 ff; Wölte, S.127 ff, S.186; Ewers, S.244; Willeke-Böttger-Baum-Schmidt, S.37 ff

²⁾ Storsberg IV, S. 75

³⁾ Bünisch, S. 83

⁴⁾ Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm.1 zu § 38a (3. Aufl.)

die Empfehlungen zu schaffende Markttransparenz soll jedoch nur in Fortsetzung der Kundensatzverordnung eine weitgehende Orientierungslosigkeit vermeiden, ohne daß der Schwerpunkt der Markttransparenz auf einer Wettbewerbsförderung liegt. Denn es bestand kein Zweifel daran, daß der Wettbewerb nach Wegfall der staatlichen Tarife auch ohne eine besondere Markttransparenz außerordentlich hart sein würde.

c) Nur ein Liberalisierungsschritt

Schließlich sollte die Ablösung der staatlichen Tarife nur ein Schritt in Richtung Liberalisierung der Verkehrspolitik sein ¹⁾. Die übrige Güterverkehrspolitik bleibt weiterhin grundsätzlich an Marktzugangsbeschränkungen und administrierten Preisen ausgerichtet. Dies geht zwar nicht aus dem Bericht des Verkehrsausschusses hervor, der ohne Begründung mitteilt, daß die Kundensatzverordnung durch unverbindliche Preisempfehlungen ersetzt werden soll ²⁾. Aber aus den BT-Protokollen sprechen die Stellungnahmen der Abgeordneten Mahne SPD, Sick CDU/CSU, Hoffie FDP ³⁾ dafür, daß § 99 Abs.2 Nr. 5 im Zusammenhang mit dem gegenwärtigen Ordnungsrahmen im Verkehr zu sehen ist, der einen ausufernden ruinösen Wettbewerb eindämmen soll ⁴⁾. Außerdem soll weiteren Konzentrationen in dem einen Mittelstand besonders benötigten Verkehrsgewerbe vorgebeugt werden.

d) Ziel eines funktionsfähigen Wettbewerbs

Die Reglementierungen des Verkehrs erhalten ihre Legitimation hauptsächlich als Vorbeugungsmaßnahmen gegen einen "funktionslosen" Wettbewerb. Der kann z.B. vorliegen, wenn ein zu starker Preisdruck zu übertriebenen Anpassungsreaktionen und somit zu einem Versagen der Steuerungsfunktion des Wettbewerbs führt ⁵⁾.

- 1) Berichte der Bundesregierung zu den Ausnahmebereichen des GWB, BT Drs. 7/3206, S. 6
- 2) BT Drs. 7/3566, S. 5
- 3) BT stenographische Berichte 7. Wahlperiode, 173, 12067 ff
- 4) MdB Mahne a.a.O.
- 5) Ewers S.83, siehe auch Kapitel 1 5a zu den strukturellen Besonderheiten im SGV; die Funktionen des Wettbewerbs sind in Kapitel 2, Ziff. 1 genannt

Zum funktionsfähigen Wettbewerb hingegen gehört die hinreichende Anpassung des Dienstleistungsangebots an die Verladepreferenzen¹⁾ und die möglichst rasche Einführung technischer Fortschritte in die Transportprozesse. Eine Liberalisierung des SCV durch Wegfall der administrierten Preise strebt somit auch den Gedanken des funktionsfähigen Wettbewerbs an²⁾. Die Wettbewerbsfunktionen sind für eine praktische Anwendung aber zu allgemein gehalten und geben kaum Anhaltspunkte für eine Quantifizierung oder auch nur eine Prioritätenbildung, so daß im jeweiligen Einzelfall die einzelnen Funktionen geprüft und gegeneinander abgewogen werden müssen³⁾. Der Sinn der Liberalisierung ist vor diesem Hintergrund **allgemein in der verbesserten Erfüllung der Wettbewerbsfunktionen zu sehen.** Dem Empfehlungsrecht und seiner Wirkung kommt als freigestellte Wettbewerbsbeschränkung somit eine absichernde Aufgabe zu, mit der die grundsätzlich **erwartete Funktionsfähigkeit unterstützt** werden soll. Dieser Sinn des Empfehlungsrechts für Bedingungen und Entgelte im SCV wird auch durch die systematische Stellung im Ausnahmebereich des § 99 Abs.2 nachhaltig unterstrichen.

e) Ergebnis

Im Ergebnis hat der Gesetzgeber die Besonderheiten im SCV für weniger ausgeprägt gehalten und als Test die Preise freigegeben. Von den damit freigesetzten Marktkräften hat er sich bessere Ökonomische Ergebnisse erwartet. Dies heißt zwangsläufig, daß keine Strukturhaltung betrieben werden soll, die auch leistungsschwachen Anbietern das Überleben ermöglicht, sondern daß eine enge Orientierung an der Leistungsfähigkeit erfolgen soll.

Andererseits soll ein zu rascher Strukturwandel gerade vermieden werden. Wo die Nahtstelle zwischen beiden Gedanken liegt, d.h. ob sich das Verbandsempfehlungsrecht stärker an einen(möglicherweise ruinösen, die langfristigen Kosten nicht mehr deckenden) Marktpreis zu orientieren hat oder an einem Preisniveau, das zumindest

1) Ewers S. 82

2) Immenga I, S.82 geht sogar so weit, die Idee des funktionsfähigen Wettbewerbs der "kleinen Verkehrsreform" von 1961 zugrunde zu legen, zu dem die staatlichen Reglementierungen nur die Ausnahme darstellen würden. In der Praxis stehen diese Reglementierungen im Güterverkehr jedoch eindeutig im Vordergrund.

3) Immenga -Mestmacker, Immenga kennzeichnet in Anm.103 zu § 99 den funktionsfähigen Wettbewerb ohne nähere Begründung als Sinn und Zweck des § 99 Abs.2 Nr. 5.

für leistungsfähige Betriebe im SGV kostendeckende Preise ermöglicht, hat der Gesetzgeber nicht festgelegt. Dieser Frage kommt im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht (Kapitel 3) großes Gewicht zu.

5. Die bestehenden Empfehlungsrechte im GWB reichen nicht aus

Wegen des allgemeinen Empfehlungsverbots konnten die BSKE nur auf Grund einer gesetzlichen Ausnahmeregelung zulässig werden. Die bestehenden, im folgenden genannten, Empfehlungsrechte reichten nicht aus, so daß eine spezialgesetzliche Lösung erforderlich war, die schließlich durch Ergänzung des § 99 Abs.2 in Ziff. 5 gefunden wurde.

a) Konditionenempfehlungen

Analog der Regelung zu den Konditionenkartellen in § 2 Abs.1 Satz 1 ermöglicht das Empfehlungsrecht für Wirtschafts- und Berufsvereinigungen nach § 38 Abs.2 Ziff. 3 nur Konditionenempfehlungen. Da dort auf § 2 Abs.1 GWB verwiesen wird, bleiben Preise und Preisbestandteile ausdrücklich von den Konditionen ausgeklammert. Für die entscheidende Entgeltempfehlung hätte § 38 Abs.2 Ziff. 3 somit nicht ausgereicht.

b) Mittelstandsempfehlungen

Die Mittelstandsempfehlungen nach § 38 Abs.2 Nr. 1 dienen im Parallelprozeß der Unternehmen einer Erhöhung des Wettbewerbs durch Verbesserung der Wettbewerbschancen von Klein- und mittleren Betrieben gegenüber Großunternehmen. Gelegentlich wird zwar die Meinung vertreten, auch größere Unternehmen könnten sich an einer Mittelstandsempfehlung beteiligen ¹⁾. Kein Zweifel besteht aber daran, daß Preisempfehlungen, die sich ausdrücklich auf den gesamten SGV beziehen, keinesfalls Gegenstand von Mittelstandsempfehlungen sein können ²⁾.

1) Huber, S.126 für den Fall, daß Großunternehmen einem Mittelstandsverband angehören.

2) Gemeinschaftskommentar, Mayer-Wegelin, Anm.38 zu § 38, wo aber im Gegensatz zur Praxis des BKartA und zum BGH-Beschluß, WuWE 467 das Moment der Existenzsicherung enthalten ist.

c) Preisempfehlungsrecht für Markenwaren nach § 38 a

Das Recht auf Preisempfehlungen für Markenartikel kann für die Dienstleistungen des Speditionsgewerbes schon vom Wortlaut her keine Anwendung finden. Auch die vertikale Preisbindung als Verkäufer der Markenwarempfehlungen war für gewerbliche Leistungen nicht möglich. Dies wäre als ungerechtfertigter Eingriff in die Verwertung der von einem Dritten erbrachten Leistung angesehen worden, da die Preisbindung hier weit über die bloße Handelsdienstleistung wie bei der Veräußerung von Markenwaren hinausginge. ¹⁾

d) Wettbewerbsregeln nach § 28

Die BSKE gehen auch über den Inhalt von Wettbewerbsregeln hinaus, die primär dem Schutz des lautereren und leistungsgerechten Wettbewerbs dienen sollen. Mögliche Anwendungsfälle von Wettbewerbsregeln werden als marktstabilisierendes Instrument des GWB noch unten genannt (Kapitel 5, Ziff. 2f).

6. Verfahrensfragen

a) Empfehlender

Das Empfehlungsrecht aus § 99 Abs.2 Nr.5 steht Spediteurvereinigungen und deren Zentralverbänden ("Vereinigungen von Spediteurvereinigungen") zu. Ausgeübt wird es bisher ausschließlich vom BSL. Der BSL ist der Spitzenverband des Deutschen Spediteurgewerbes. Er setzt sich aus 15 Landes- und 5 Fachverbänden zusammen. Der BSL legt im Rahmen der verbandsinternen Willensbildung die BSKE mit den zumeist jährlichen Preisanpassungen und den für sinnvoll gehaltenen Änderungen der Bedingungen autonom fest ²⁾. Bisher beziehen sich die BSKE einheitlich auf das ganze Bundesgebiet. Darin ist aber keine Fortgeltung des Gedankens der "Tarifgleichheit im Raum" zu sehen. Der Grund liegt in den besonderen Schwierigkeiten, die mit räumlich differenzierenden Preisempfehlungen verknüpft wären. In organisatorischer Sicht wird dies dadurch erschwert, daß die weitgehend mit den Landesgrenzen identischen Bereiche der regionalen Spediteurverbände für eine räumliche Differenzierung kaum herangezogen werden könnten, sondern eine Differenzierung eher nach Ballungsgebieten erfolgen müßte.

1) Gemeinschaftskommentar Schwartz, Anm.30 zu § 16 GWB (3. Aufl.)

2) Bönisch, S. 64

Preisdifferenzierungen werden sich ohnehin den Marktkräften gemäß entwickeln . Sollten sich dadurch besonders starke Abweichungen zwischen Empfehlungs- und Marktpreisen ergeben, wäre dies problematisch und könnte später eine Differenzierung erforderlich machen, um dem Vorwurf mißbräuchlicher Empfehlungen zu entgehen.

b) Anmeldung der Empfehlungen

Formell muß die Anmeldung von einem Vertretungsberechtigten ¹⁾ durchgeführt werden. Der Verbandsbeschluß muß der Vereinssatzung entsprechend zustande gekommen sein ²⁾. Die Anmeldung ist zudem gebührenpflichtig nach § 8o Abs.2 Satz 2 Nr.1.

c) Stellungnahmen der Verladerverbände

Die BSKE sind unter Beifügung von Stellungnahmen der Verladerverbände nach § 99 Abs.3 Satz 3 beim BKartA anzumelden. Die Anmeldung wird nicht ausdrücklich vor Wirksamkeit verlangt, da sie durch die Vereinigung vorzunehmen ist, die sie "ausgesprochen" hat. Diese Bestimmung wurde zusammen mit dem Empfehlungsrecht der Spediteurvereinigungen 1975 in das GWB aufgenommen. Da die BSKE dem Wortlaut nach nicht wie die übrigen Freistellungstatbestände von § 99 Abs.2 erst nach Anmeldung wirksam werden, ist der späteste Termin für die Anmeldung der Tag, von dem an die Empfehlungen in Kraft treten sollen. Eine vorherige Anmeldung ist jedoch sinnvoll, um Rückfragen ggf. vor einem Mißbrauchsverfahren klären zu können.

d) Prüfungspflicht der Kartellbehörden

Das BKartA teilte dem BSL auf Seite 1 des Schreibens vom 27.3.1975 mit, durch die Anmeldung der BSKE sei "eine Prüfungspflicht ausgelöst worden, die auch die in § 1o4 GWB vorgesehene Mißbrauchsaufsicht umfaßt".

Dies bedarf der Konkretisierung. Es kann als h.M. angesehen werden, daß zwar keine materielle, sondern nur eine formelle Prüfungspflicht hinsichtlich ordnungsgemäßer Anmeldung und eines ordnungsgemäßen Zustandekommens ausgelöst wird ³⁾. Denn dies ist der Preis

1) Bekanntmachung des BKartA, WUV 73, 677 f

2) BGH, WUWE 121o

3) K. Schmidt, S.184; Hennig/Jarre, S.143o; Langen/Niederleithinger/Schmidt, Anm.9 zu § 9; Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm.35 zu § 12.

dafür, daß nur eine Anmeldung für die Wirksamkeit von sog. Anmeldekartellen bzw. für die Rechtmäßigkeit der auch ohne Anmeldung wirksamen BSKE (§ 99 Abs.3 Satz 3) erforderlich ist.

Demgegenüber stand das Kammergericht ¹⁾ 1979 auf dem Standpunkt, bei Anmeldekartellen sei die Kartellbehörde zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens verpflichtet und lediglich der förmlichen Bekanntmachung bei positiver Entscheidung enthoben. Daraus leite sich ein gewisser Vertrauensschutz ab, wenn die Kartellbehörde später gegen das Kartell vorgehen wolle. Begründet wird dies u.a. damit, daß Anmeldekartelle nicht weniger schutzbedürftig als die sog. Widerspruchskartelle seien.

Ein Anmeldekartell, das die weniger schwerwiegend eingeschätzten Wettbewerbsbeschränkungen ermöglicht, unterscheidet sich vom Widerspruchskartell u.a. im geringeren Verwaltungsaufwand für die Kartellbehörden, bewirkt jedoch keine zusätzliche Rechtssicherheit durch materielle Feststellungswirkung.

In der Praxis bietet die Anmeldung dennoch einen gewissen faktischen Schutz vor späteren überraschenden Mißbrauchsverfügungen, die sich auf lange vorher angeregte Empfehlungen beziehen. Andererseits ist zu beachten, daß auch frühere Empfehlungen durch Änderung der Marktverhältnisse später einmal mißbräuchlich werden können.

e) Unverbindlichkeit

Die BSKE müssen für die Spediteure unverbindlich sein ³⁾. Etwas anderes wäre mit dem Begriff der Empfehlung unvereinbar. Insbesondere darf auf Spediteure, die von den BSKE abweichen, weder gesellschaftlicher noch wirtschaftlicher Druck von Seiten des Verbandes ausgeübt werden.

Andererseits müssen die BSKE im Verhältnis zu den Versendern nach außen hin nicht ausdrücklich als unverbindlich gekennzeichnet werden ⁴⁾. Etwa in der Mitte der Umschlagsseite des im DIN-A 4 Format

1) KG in WUWE OLG 2174; dieser Ansicht schließt sich Bunte, S.1076, an.

2) K. Schmidt, S. 184

3) Dies ist ein allgemeiner Grundsatz des Empfehlungsrechts, z.B. Immenga/Westmacker, Tiedemann Anm.118 zu § 38; für die BSKE ausdrücklich BKartA Tätigkeitsbericht 1976, BT Drs. 8/704, Ziff. 79

4) BKartA a.a.O.

gehaltenen, 16-seitigen Empfehlungswerkes, wie z.B. in der dieser Arbeit zugrundeliegenden Fassung vom 1.3.1981, ist vermerkt, daß die BSKE vom BSL empfohlen sind. Darüber hinaus wird dieser Hinweis unter jede Seite in Fettdruck aufgenommen. Dies entspricht dem Erfordernis bei den Mittelstandsempfehlungen nach § 38 Abs. 2 Nr. 1¹⁾. Ein Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Empfehlung ist hier nur den Spediteuren gegenüber erforderlich.

7. Verhältnis von § 99 Abs. 2 Nr. 5 GWB zu den übrigen Bestimmungen des GWB

a) Umfang der Freistellung

§ 99 Abs. 2 stellt die in seinen Ziff. 1-5 genannten Handlungen von den §§ 1, 15-18 GWB frei. Im Gegensatz zu den Ziff. 1-4 läßt Ziff. 5 nur Empfehlungen und nicht horizontale (§ 1) und vertikale (§ 15) Verträge sowie Ausschließlichkeitsbindungen (§ 18) zu. Empfehlungen sind aber von den §§ 1, 15-18 nicht angesprochen. Es kann jedoch kein Zweifel daran bestehen, daß eine Befreiung vom Verbot horizontaler Empfehlungen nach § 38 Abs. 1 Nr. 11 vorliegt. Denn diese Bestimmung dient dem Schutz vor Umgehungen des § 1. Ähnlich wie früher die Zulässigkeit vertikaler Preisempfehlungen bei einer zulässigen Preisbindung angenommen wurde²⁾, ist wegen der Zulässigkeit horizontaler Verträge hier auch von der Freistellung horizontaler Empfehlungen auszugehen.

Nicht freigestellt sind die BSKE insbesondere von § 26 (Boycott- und Diskriminierungsverbot)³⁾. Vom Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen sind die BSKE auch betroffen, da sie nicht von § 1, sondern von § 38 Abs. 1 Nr. 11 freigestellt sind⁴⁾ und außerdem anzumelden sind⁵⁾. Besondere Bedeutung hat das Ver-

1) Gemeinschaftskommentar, Mayer-Wegelin, Anm. 40 zu § 38

2) BGHZ, Band 28, S. 219 ("4711-Entscheidung") ließ unverbindliche Preisempfehlungen auf Gebieten, die der Preisbindung zugänglich waren, zu.

3) Immenga/Mestmäcker, Immenga Anm. 45 zu § 99

4) Deswegen trifft das Argument nicht zu, wonach die Freistellung vom Kartellverbot auch die Freistellung vom aufeinander abgestimmten Verhalten beinhalte. So Gemeinschaftskommentar, Gleiss/Hootz Anm. 27 zu § 99, Immenga/Mestmäcker, Immenga Anm. 45 zu § 99

5) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sind nicht anmeldefähig, so daß von innen für die Ziff. 1a-5 von § 99 Abs. 2 keine Freistellung möglich ist, Gemeinschaftskommentar, Gleiss/Hootz Anm. 27 zu § 99

bot abgestimmter Verhaltensweisen im folgenden noch im europäischen Kartellrecht, das kein Empfehlungsverbot kennt (Kapitel 4).
Deswegen wird das Verhältnis der BSKE zu § 25 GWB kurz dargestellt.

b) Abgrenzung von Empfehlungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen

Das Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen ist erst 1973 mit der zweiten Kartellnovelle als Folge des Teerfarbenurteils im EWG-Wettbewerbsrecht in das GWB aufgenommen worden. Es knüpft an die "concerted action" des Sherman Act an. In Art. 65 des EGKS-Vertrages fand sich das Verbot bereits seit 1952 ¹⁾. Das deutsche Kartellrecht verbot im Gegensatz dazu seit 1930 grundsätzlich einseitige Empfehlungen. Benisch hält dieses Verbot in der Praxis für strenger als das stets mit Beweisschwierigkeiten kämpfende Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen ²⁾.

aa) Unterschiede zwischen dem Verbot von Empfehlungen und von abgestimmten Verhaltensweisen

Zwischen beiden Regelungen gibt es folgende Unterschiede:

- Empfehlungen werden einseitig ausgesprochen, während es bei den aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen auf eine mindestens zweiseitige Beziehung ankommt.
- Daher ist das abgestimmte Verhalten auf eine subjektive Willensübereinstimmung in Richtung auf das abgestimmte Verhalten angewiesen. Dafür ist ein gleichförmiges Verhalten nur ein Indiz und weder hinreichende noch notwendige Bedingung ³⁾.
- Demgegenüber bedarf ein gleichförmiges Verhalten mindestens zweier Wettbewerber, das in Zusammenhang mit Empfehlungen steht, keiner zwischen den Wettbewerbern erfolgten Abstimmung. Das gleichförmige Verhalten muß lediglich als notwendiges, objektives Tatbestandselement hinzutreten, damit eine Empfehlung ordnungswidrig ist.

1) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm.1 zu § 29; Rüdell S. 44

2) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm.1 zu § 25; Rüdell S. 57

3) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm.28 zu § 25.

bb) Die horizontale Abstimmung unter den Spediteuren

Eine allgemeine Definition hat sich noch nicht gebildet. Die Abstimmung muß sich auf eine Verhaltensweise beziehen, die nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Es gibt eine große Vielfalt von Abstimmungsformen, die zusammen mit der jeweiligen Marktstruktur zu berücksichtigen sind ¹⁾. Entscheidend ist, daß das gleichförmige Preisverhalten von Sammelgutspediteuren nur gegen § 25 Abs.1 verstößt, wenn es nicht allein auf den BSKE, sondern auf einer zusätzlichen (mindestens mitursächlichen ³⁾) Abstimmung beruht. Darin ist im Falle von zugelassenen Empfehlungen das wesentliche Merkmal für ein abgestimmtes Verhalten zu sehen. Ein sog. "bewußtes Parallelverhalten" kann nach h.M. nicht als Abstimmung gewertet werden ⁴⁾, da die Unternehmen autonom bleiben.

Vielmehr ist bedeutsam, ob die Kenntnis vom Preisverhalten der anderen Spediteure auf einer Kontaktaufnahme und nicht nur auf der Beobachtung der Marktdaten beruht ⁵⁾. Diese theoretische Lösung wird in der Praxis durch die Beweisproblematik erschwert, weil die Kartellbehörden ein objektiv gleichförmiges Verhalten im SGV nicht als Indiz für eine Abstimmung heranziehen können. Dies war z.B. in der "Teerfarben-Entscheidung" des EUGH ⁶⁾ aber möglich.

Stattdessen ist eine Abstimmungshandlung nachzuweisen. Sie muß nicht direkt die jeweiligen Entgeltforderungen der beteiligten Spediteure zum Gegenstand haben ⁷⁾. Eher sollte es genügen, wenn das einheitliche Preisverhalten nur als Zweck oder Folge der Abstimmung nachgewiesen werden kann ⁸⁾. Es würde zu weit führen, hier die grundlegenden Auseinandersetzungen zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie zu erläutern. Als Kurzfassung der üblichen Argumente seien die Aufsätze von D. Hoffmann,

1) Immenga/Hestmäcker, Immenga Anm. 17 zu § 25

2) Immenga a.a.O. Anm. 21

3) Auch nach Belke, S. 24, liegt ein abgestimmtes Verhalten erst vor, wenn sich das gleichförmige Verhalten von Empfehlungsempfängern zu einer "bewußten Abstimmung" ausweitert.

4) Immenga a.a.O. Anm. 10

5) Immenga a.a.O. Anm. 11

6) WuW/E EWG/MUV 272

7) Dies fordern z.B. in Anwendung der sog. Gegenstandstheorie Axster, S.618 und Gemeinschaftskommentar, Bonisch, Anm.9 zu § 25 (3.Aufl.)

8) Immenga a.a.O. Anm. 21

Betriebsberater 1975, S. 628-634, "Zur Gegenstands-, Zweck- und Folgetheorie in § 1 GWB" als Befürworter der Gegenstandstheorie und die Entgegnung von V. Emmerich (Gegner der Gegenstandstheorie), Betriebsberater 1975, S. 766-767 genannt. Eine zusätzliche Preisabstimmung könnte somit bei einem Informationsaustausch von Spediteuren über ihre tatsächlich im Markt erhobenen Entgelte angenommen werden ¹⁾.

Der Nachweis einer Abstimmung dürfte in der Praxis sehr schwer fallen, da sich die beteiligten Spediteure im Falle des naheliegenden Anscheinsbeweises ²⁾ der Kartellbehörden auf die bloße Befolgung der Empfehlungen berufen können. Insofern erscheint es plausibel, eine Beweislastumkehr für sog. "innere Tatsachen" im Bereich der Unternehmen anzuregen. Da die Betroffenen im Verwaltungsverfahren aber nicht so gestellt sein können, wie ein Schuldner, der nach § 282 BGB beweisen muß, daß er die Unmöglichkeit seiner Leistung nicht zu vertreten hat, besteht für diesen Gedanken de lege lata keine Basis. In einem polypolistischen Markt mit ca. 3.000 Anbietern besteht dafür außerdem nur ein weit schwächeres Bedürfnis als in engen Oligopolen, bei denen auch eine geringfügige Abstimmung schon nach § 25 Abs.1 unzulässig sein kann.

cc) Die BSKE basieren nicht auf einer abgestimmten Verhaltensweise

Die Abstimmung sieht Höfer in der Vorbereitung von Mittelstandsempfehlungen regelmäßig gegeben ³⁾, die sich wie die BSKE auch auf Preise erstrecken können. Das Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens könne somit leicht ins Leere stoßen. Denn z.B. im Prozeß der Meinungsbildung und Willenskoordinierung innerhalb der Vereinigung zur Herbeiführung der Mittelstandsempfehlung würde ein vorheriges abgestimmtes Verhalten ermöglicht. Dieses Verhalten würde vom Gesetzgeber und in der vom

1) In der gegenseitigen Preisinformation sieht z.B. Ulmer, S. 34 ein Indiz für ein abgestimmtes Verhalten. Dieses Indiz gilt auch für den vorliegenden Fall mit zulässigen Preisempfehlungen.

2) Obnehin ist es bei freigestellten Empfehlungen schwieriger, typisierte Geschehensabläufe, die Belke 1975, S. 148f im Auge hat, zu ermitteln.

3) Höfer, S. 289 ff

BMWi und BKartA gemeinsam initiierten Kooperationsfibel noch ausdrücklich geduldet. Auf Grund des Empfehlungsrechts wären abgestimmte Verhaltensweisen automatisch ebenfalls erlaubt ¹⁾.

Dies ist aber nur teilweise richtig und hängt darüber hinaus sehr stark von der Marktstruktur in der betreffenden Branche ab. Es muß einen Unterschied machen, ob relativ wenige mittelständische Unternehmen eine Abstimmung über die Empfehlungen vollziehen können, die ergänzende horizontale Abstimmungen auf Teilmärkten überflüssig machen, oder ob - wie bei den BSKE - die Empfehlungen von der obersten Unternehmensvereinigung durch Delegierte der Regionalvereinigungen abgestimmt werden. Denn hier finden für die Verabschiedung der Empfehlungen keine horizontalen, ins Gewicht fallenden Abstimmungen zwischen den einzelnen Speditionsunternehmen statt.

So konnte der Gesetzgeber angesichts der polypolistischen Gewerbestruktur davon ausgehen, daß die Empfehlungen nicht zwangsläufig zu gleichzeitigen, direkten Abstimmungen durch die Unternehmen führen mußten.

dd) Ergebnis
- - - - -

Wenn sich auf einem Teilmarkt Unternehmen im SGV gegenseitig über ihr zukünftiges Marktverhalten verständigen, und diese Verständigung über die zulässigen Kooperationsformen hinausgeht, kann trotz des zulässigen, empfehlungsinduzierten gleichförmigen Verhaltens ein Verstoß gegen § 25 Abs. 1 gegeben sein. Dieser Verstoß muß massiv zutage treten, um sich von der bloßen Befolgung der Empfehlung in beweiskräftiger Form abzuheben.

Im Ergebnis könnte aber durch ein zusätzlich abgestimmtes Verhalten eine graduell **stärkere** Wettbewerbsbeschränkung als durch Empfehlungen erreicht werden. Im europäischen Kartellrecht besteht im Grundsatz eine ähnliche Abgrenzungsproblematik zwischen den Empfehlungen, die dort nicht verboten sind, und einem abgestimmten Verhalten. Soweit letzteres durch die Wettbewerbsregeln im europäischen Verkehrsrecht freigestellt wird (dazu Kapitel 4), verliert die Abgrenzung weitgehend ihre Relevanz.

1) Höfer, S. 295

KAPITEL 3

=====

DIE MIßBRAUCHSAUFSICHT ÜBER DIE EMPFEHLUNGEN IM SPEDITEUR-SAMMELGUTVERKEHR

Abschnitt I

Prinzipien der Mißbrauchsaufsicht

Die vom Verbot horizontaler Empfehlungen (§ 38 Abs.1 Nr.11) durch § 99 Abs.2 Nr.5 freigestellten BSKE unterliegen der Systematik des GWB entsprechend der Mißbrauchsaufsicht nach § 104. Demnach kann das BKartA dem BSL aufgeben, einen Mißbrauch durch die Empfehlungen selbst oder die Art ihrer Durchführung abzustellen.

1. Der Mißbrauchsbegriff

Der Begriff "Mißbrauch" ist weder in den Mißbrauchsregelungen von § 104 über die Bereichsausnahmen des Verkehrs und der Erzeugervereinigungen, noch von § 12 über die zulässigen Kartelle und auch nicht in den meisten anderen Mißbrauchstatbeständen definiert.

a) Unbestimmter Rechtsbegriff

Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ¹⁾, dessen Bestimmung und insbesondere konkrete und quantitative Ausfüllung zu den umstrittensten Fragen im GWB gehört. Ein unbestimmter Rechtsbegriff kann als ausfüllungsbedürftig, d.h. als bewußtes Offenlassen der exakten Voraussetzungen auf der Tatbestandsseite einer Rechtsnorm ²⁾ verstanden werden. Soweit vom rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz abgedeckt ³⁾, kann sich eine definitorische Unbestimmtheit als sinnvoll erweisen, um Raum für die richterliche Rechtsfortbildung und die Erfassung neuartiger Marktkonstellationen zu belassen. Eine spätere Kodifikation von Mißbrauchskriterien kann dann auf den gewonnenen Erfahrungen aufbauen. Dies war z.B. bei den Mißbrauchskriterien für unverbindliche Preisempfehlungen von Markenwaren im Anschluß an die Rechtsentwicklung zum Mißbrauch der vertikalen Preisbindung ebenso der Fall, wie zuletzt bei der durch die 4. Kartellnovelle von 1980 konkretisierten Mißbrauchsaufsicht über Energieversorgungsunternehmen nach § 103. Ein weiterer

¹⁾ z.B. Böge, S. 6

²⁾ Larenz, S.281 f, davon zu unterscheiden ist die Gesetzeslücke

³⁾ Ipsen II, S.44 f

Grund für die Unbestimmtheit ist darin zu sehen, daß ein einheitlicher Begriff nicht ausreicht, um die zahlreichen - stark voneinander abweichenden - Mißbrauchsmöglichkeiten auf einen Nenner zu bringen.

b) Mißbrauchsbestimmung im Einzelfall durch Rückgriff auf Sinn

und Zweck der jeweiligen Regelung

Die h.M. schließt aus, daß es einen für alle Fälle passenden Mißbrauchs begriff geben kann und setzt stattdessen den einzelnen Mißbrauchsfall eng in Beziehung zu Sinn und Zweck der jeweiligen Gesetzesregelung. Ein Mißbrauch von einer Freistellungsnorm liegt also vor, wenn unternehmerisches Handeln zwar formal zulässig ist, aber "Sinn und Zweck" der Freistellung überschreitet ¹⁾.

Böge ²⁾ hält die Definition des Mißbrauchs als "zweckwidriges" Verhalten bereits aus grammatikalischen Überlegungen für geboten, weil Mißbrauch bereits immer dann vorläge, wenn ein Gegenstand anders als seiner Zweckbestimmung entsprechend verwendet würde. Dieser Ansatz überzeugt nicht, da es Verwendungsmöglichkeiten geben kann, die nicht dem "Zweck" eines Gegenstandes entsprechen, aber dennoch nicht mißbräuchlich sind ³⁾. Demnach ist ergänzend der Wertungshintergrund der jeweiligen Regelung und vergleichbarer Bestimmungen im GWB heranzuziehen, um zu prüfen, ob ein bestimmtes, freigestelltes Verhalten über den Rahmen des Freistellungszwecks hinausgeht.

c) Kein einheitlicher Mißbrauchs begriff

Im Gegensatz zu dem Weg einer individuellen, normbezogenen Mißbrauchsbestimmung, gibt es kaum eine praktikable Begründung eines "einheitlichen" Mißbrauchs begriffs. Denn auch der Versuch von Ballerstedt führte letztlich nicht weiter, wonach unternehmerisches Handeln als unzulässig und mißbräuchlich beurteilt wird, wenn es auf einer vom Gesetz ermöglichten Vorzugsstellung

1) u.a. Müller/Giessler/Scholz Anm. 4 zu § 104 GWB; Gemeinschaftskommentar, Hootz, Anm. 4 zu § 104; Immenga/Mestmäcker, Immenga Anm. 103 zu § 99

2) Böge S. 31

3) Dies läßt sich leicht am Beispiel eines vom Waffentragungsverbot freigestellten Waffenscheinbesitzers zeigen, der seine Pistole als Briefbeschwerer benutzt.

beruht, aber gegen die im Gesetz positivierten Wertungen eines unternehmerischen Marktverhaltens verstößt ¹⁾.

Dieser Ansatz ist sehr allgemein und macht es letztlich ebenfalls erforderlich, auf den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelungen zu rekurrieren, um die Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu erfassen ²⁾. Dies wird z.B. daran deutlich, daß große Unterschiede zwischen den Vorzugsstellungen bestehen, wie einerseits den gesetzlichen Privilegierungen in den Bereichsausnahmen oder bei den Anmelde-, Widerrufs-, und Erlaubnis-kartellen und andererseits bei einer unternehmerisch erworbenen marktbeherrschenden Stellung. Die möglichen Mißbrauchshandlungen auf der Basis solcher Stellungen sind zu verschiedenartig, als daß eine gemeinsame Definition noch einen hinreichend konkreten gemeinsamen Nenner finden könnte.

d) Ergänzung durch systematische Auslegung
- - - - -

Die herrschende Orientierung des Mißbrauchsbegriffs in Bereichsausnahmen an Sinn und Zweck der zugrundeliegenden Verbotsnorm und der darauf aufbauenden Freistellungsnorm ist somit als erster Ansatzpunkt am ehesten geeignet. Da es sich um eine übliche Begriffsauslegung handelt, muß man sich nicht auf Sinn und Zweck, und somit auf die historische und teleologische Komponente der Auslegung, beschränken. Gerade wenn sich Sinn und Zweck nicht exakt bestimmen lassen, ist es erforderlich, insbesondere auf den systematischen Zusammenhang und das Wertungssystem des GWB abzustellen.

Anhand der Unschärfe einer Ableitung mißbräuchlichen Verhaltens aus Sinn und Zweck einer Norm zeigt Baur die Notwendigkeit von gesetzessystematischen Überlegungen. Denn verschiedene Meinungen über Sinn und Zweck einer Regelung führen zwangsläufig zu unterschiedlichen Mißbrauchsdefinitionen ³⁾. Daraus folgert Baur,

1) Ballerstedt, S. 39

2) Baur, S. 97; Salje, S. 6, die u.a. kritisieren, daß keine graduelle Abstufung von Eingriffen erfolgt. Ein sinnvoller Mißbrauchsbegriff müsse den Zusammenhang zwischen Schädlichkeit des Mißbrauchs und der entsprechend variablen Reaktion der Kartellbehörden berücksichtigen, Salje, S. 7.

3) z.B. Streit zwischen Hefermehl und Mestmäcker zu Konzentrationsfällen im europäischen Wettbewerbsrecht, dargestellt bei Baur S. 90.

daß dem systematischen Auslegungsaspekt die entscheidende Bedeutung zukommen muß. Dieser Ansatz stellt u.a. einen Sinnzusammenhang zwischen den einzelnen Mißbrauchsnormen und dem auch in anderen Normen objektivierten Gesamtzweck des Gesetzes her, um z.B. die Grenzen einer Freistellung zu erkennen.

Als weiteres Hilfsinstrument prägt Baur die Unterscheidung in die Kategorien "Rechtsformenmißbrauch" und "Machtmißbrauch" ¹⁾. Rechtsformenmißbrauch liege insbesondere beim Mißbrauch von Freistellungsnormen vor. Er liesse sich dadurch ermitteln, daß wie bei der Untersuchung von Umgehungstatbeständen die Reichweite der Verbotsnorm von der Reichweite der Freistellungsnorm abgegrenzt wird ²⁾.

Machtmißbrauch könne durch eine Grenzziehung zwischen zwei gegensätzlichen Individualinteressen näher bestimmt werden ³⁾.

Allerdings ist es durchaus fraglich, ob man wirklich alle Mißbrauchsfälle unter einer der beiden Kategorien erfassen kann und ob nicht auch bei allen Rechtsformen eine dem GWB eigene Komponente vorliegt, die gegen eine wettbewerbsbeschränkende Machtausübung gerichtet ist ⁴⁾. Für diese Arbeit ist der Ansatz von Baur deshalb nützlich, weil die Prüfung von Konditionenempfehlungen ähnlich der von Konditionenkartellen meist an einer Interessenabwägung ausgerichtet ist. Es zeigt sich jedoch, daß die beiden von Baur benutzten Kategorien nahe verwandt sind. Denn zunächst handelt es sich beim Mißbrauch des Konditionenempfehlungsrechts um einen Rechtsformenmißbrauch, nämlich um Mißbrauch der Freistellungsnorm. In einem zweiten Schritt ist dann das Machtverhältnis zwischen Verwendern der Konditionen und ihren Kunden gesondert zu prüfen, wobei in der Praxis gerne eine Interessenabwägung vorgenommen wird ⁵⁾. Bei der Bestimmung eines systemgerechten Mißbrauchmaßstabes für die Preisempfehlungen ist vor allem die systematische Stellung zu vergleichbaren Mißbrauchstatbeständen im GWB zu untersuchen.

1) Baur, S. 96 ff

2) Baur, S. 104

3) Baur, S. 199 ff

4) Fikentscher V, S. 21

5) z.B. BGH WUV E 1274 "Fernost-Schiffahrtskonferenz"; Hennig/Paetow, S. 2351

e) Mißbrauch als sinn- und zweckwidriges Verhalten ist keine

Leerformel

Daß dieser Ansatz für die Mißbrauchsaufsicht über die BSKE einen brauchbaren Maßstab abgibt, wird insbesondere in Ziff.III dieses Kapitels dargelegt. Aus der reichhaltigen kritischen Literatur zu diesem Ansatz geht der Angriff von Salje am weitesten, wonach der Ansatz eine Leerformel enthalte¹⁾. Es handele sich nämlich um einen Zirkelschluß, da das zweckwidrige Verhalten, das durch die Mißbrauchsnorm untersagt wird, selbst im Wege der teleologischen Gesetzesauslegung aus dieser Norm bestimmt werden müßte²⁾.

Dieser Einwand ist nicht richtig. Das Gesetz definiert in § 104 GWB nicht den Mißbrauch, sondern sagt nur, daß er untersagt werden kann. Zur Beurteilung einer kartellrechtlich relevanten Verhaltensweise ist wie gezeigt die Bestimmung der inneren Grenzen einer Freistellungsnorm wichtig. Ein Verhalten, das diese Grenzen überschreitet, aber wegen der Freistellung nicht gegen das zugrundeliegende Verbot verstößt, ist deshalb mißbräuchlich, weil es nicht "verboden" oder "zulässig freigestellt" ist, sondern definitivisch der verbleibenden dritten Kategorie des "freigestellten, aber mißbräuchlichen" Verhaltens unterliegt. Die Eingrenzung einer durch Freistellung zugelassenen Wettbewerbsbeschränkung auf den zulässigen Umfang ist letztlich als Ziel der Mißbrauchsaufsicht anzusehen³⁾.

Somit wird der Sinn und Zweck einer Freistellung nicht seinerseits durch den Begriff "Mißbrauch" definiert, so daß nicht ersichtlich ist, weshalb in dieser Definition ein Zirkelschluß enthalten sein sollte.

f) Mißbrauch ist objektive Pflichtverletzung

An ein mißbräuchliches Verhalten knüpft kein Schuldvorwurf an. Einer Strafe unterliegt es erst, wenn es trotz einer Mißbrauchsnorm

1) Salje, S. 10

2) Salje, S. 10 in Bezug auf § 104 a.F., vor Einführung der speziellen Mißbrauchsaufsicht nach § 103a über Energieversorgungsunternehmen

3) Böge, S. 56 ff

maßnahme der Kartellbehörden nicht eingestellt wird. Eine Mißbrauchsverfügung beinhaltet nur die Feststellung einer objektiven Verletzung bestimmter Pflichten und nicht etwa zugleich den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens im Sinne der §§ 138, 826 BGB oder des UWG ¹⁾.

Auf ein schuldhaftes Verhalten kommt es nicht an ²⁾. Während der Mißbrauch die inneren Grenzen einer Freistellung überschreitet, liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn der Umfang einer Freistellung überschritten und somit gegen das zugrundeliegende Verbot verstossen wird. Z.B. würde im SGV eine gemeinsame Einkaufspolitik hinsichtlich des Fahrzeugparks über die Freistellung der Empfehlungen nach § 99 Abs.2 Nr. 5 hinausgehen und wäre ordnungswidrig.

g) Mißbrauch durch die Empfehlungen oder die Art ihrer Durchführung

Nach § 104 Abs. 1 Nr. 1 kann eine Empfehlung selbst, d.h. ihr Inhalt, oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung im Markt erlangten Stellung bedeuten. Die Art der Durchführung ist z.B. so zu verstehen, daß kein wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck seitens des BSL auf die Sammelgutspediteure ausgeübt werden darf. Dies geht allgemein aus dem Empfehlungsrecht hervor ³⁾.

Sollte unzulässiger Druck von Spediteuren untereinander mit dem Ziel gleichförmigen Verhaltens ausgeübt werden, kommen Maßnahmen gegen diese Spediteure in Betracht. Allerdings wohl kaum als Mißbrauchskontrolle gegenüber den Empfehlungen. Denn Mißbrauchsmaßnahmen gegenüber den Befolgern freigestellter Empfehlungen wären verfehlt ⁴⁾ und höchstens auf den Fall zugeschnitten, daß als mißbräuchlich untersagte Empfehlungen dennoch weiter befolgt werden ⁵⁾. Vielmehr käme dagegen u.a. das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen (§ 25 Abs.1) oder des Zwanges, sich gleichförmig zu verhalten (§ 25 Abs.3 Nr.3) in Frage.

1) Klaue I, S. 6 m.w.N.

2) u.a. Gemeinschaftskommentar, Hootz, Anm. 4 zu § 104; Langen-Niederleithinger-Schmidt, Anm. 3 zu § 12

3) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 34 zu § 38

4) Hootz a.a.O., Anm.50 zu § 99 und Anm.18 zu § 104

5) Reimann, S. 1186

h) Mißbrauchsaufsicht ist Rechtsaufsicht und keine Wirtschafts-
lenkung

Obschon die h.M. den Mißbrauch als unbestimmten Rechtsbegriff versteht, der im Rahmen der Rechtsaufsicht zu konkretisieren ist,¹⁾ wird auch die Ansicht vertreten, die Mißbrauchskontrolle eröffne eine maßstabsfreie Wirtschaftsaufsicht²⁾. Diese Ansicht würde in ihrer Konsequenz mit einer wirtschaftslenkenden Kompetenz der Kartellbehörden aber u.a. auch zu großen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Problemen führen. Denn es wäre fraglich, ob solche wirtschaftslenkenden Maßnahmen noch dem Bestimmtheitsgebot entsprechen würden³⁾.

Eine maßstabsfreie, staatliche Wirtschaftslenkung auf dem Weg über die Kartellbehörden ist mit dem geltenden Wirtschaftsverfassungsrecht nicht zu vereinbaren. Wie die Liberalisierung im SGV zeigt, besteht sogar das Bemühen, mehr Marktwirtschaft und somit größere wirtschaftliche Betätigungsfreiheit zu ermöglichen und Wirtschaftslenkung durch staatliche Verordnungen auf der Grundlage des Preisgesetzes von 1948 abzubauen. Somit ist es ausgeschlossen, daß das BKartA jetzt die wirtschaftslenkende Nachfolge des Wirtschaftsministeriums antritt. Vielmehr kann es nur eine Rechtsaufsicht ausüben unter Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffs.

2. Unterschiedliche Mißbrauchsbestimmung von Bedingungen und Entgelten

a) Abgrenzung von Bedingungen und Entgelten

Die Mißbrauchsaufsicht über Bedingungen hat im GWB und nach der Praxis des BKartA systematisch eine andere Stellung als die über Preise. Deshalb ist es sinnvoll, gesonderte Mißbrauchsmaßstäbe zu entwickeln.

1) u.a. Ipsen II, S. 105; Baur, S. 44

2) Diese Meinung wurde insbesondere von Bullinger vertreten und wird von Baur auf S. 66 ff im einzelnen dargestellt.

3) Ipsen II, S. 44 ff, wobei er bei der Preiskontrolle marktbeherrschender Unternehmen weitere Probleme hinsichtlich einer Verletzung der Eigentumsgarantie sieht, S. 89; Lukes, S. 123

Begrifflich ist es zunächst einfach, die Leistung - die von den Konditionen näher bestimmt wird - vom Entgelt als der Gegenleistung ¹⁾ zu trennen. Aus der Sicht der Marktteilnehmer handelt es sich aber sowohl beim Preis als auch bei den Konditionen um Einflußfaktoren auf den Austauschprozeß, ²⁾ da Leistungsumfang und Qualität einer angebotenen Beförderungsleistung für den Preis von großer Bedeutung sind. Der Leistungsumfang für eine Standardbeförderung wird in § 3 (5) und § 6 der BSKE festgelegt. Für darüber hinausgehende Leistungen wird die Erhebung eines zusätzlichen Entgelts empfohlen. Auch die Stellungnahmen der Verladerverbände zu den Änderungen der BSKE machen diesen engen Zusammenhang immer wieder deutlich.

Bei Dienstleistungen ist dieser Zusammenhang i.d.R. noch enger als bei Produktion und Verkauf von Waren, da angesichts der physischen Eigenschaften der Ware die in den AGB geregelten Modalitäten den Leistungsumfang nicht mehr so stark beeinflussen können wie bei Dienstleistungen ³⁾. Für einen besonders engen Zusammenhang bei den BSKE spricht auch die Fassung des § 99 Abs.2 Nr. 5, der von "Bedingungen und Entgelten" spricht. Auch in der Kundensatzverordnung waren Entgelte und Bedingungen eng verknüpft.

Das GWB unterscheidet aber deutlich zwischen Bedingungen und Preisen. Konditionenempfehlungen werden als das weitaus kleinere Übel als Preisempfehlungen angesehen, die nur als Mittelsstands-, Markenpreis- oder Bereichsausnahmenempfehlungen zulässig sind. Deswegen sind Preis- und Konditionenempfehlungen im GWB systematisch auch anders verankert, so daß die jeweiligen Mißbrauchsmaßstäbe auch gesondert zu entwickeln sind. Dabei kommt der Mißbrauchsaufsicht über die Preise die größere Bedeutung zu, was sich in der breiteren juristischen Diskussion über Preiskontrollen widerspiegelt. Auch hier liegt auf der in Ziff. III dieses Kapitels zu behandelnden Preisaufsicht der Schwerpunkt.

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt, Anm. 7 zu § 2

2) Rinck S. 292 ist der Ansicht, daß Preise und Konditionen nicht zu trennen wären. Es ist richtig, daß die Mißbrauchsaufsicht die Wechselwirkung von Preisen und Konditionen nicht übersehen darf, andererseits unterscheidet die Systematik des GWB streng in Konditionen und Preise mit Preisbestandteilen.

3) Böge, S. 36

b) Prüfschema zur Mißbrauchsbestimmung

Da Mißbrauch hier zunächst als sach- und zweckwidriges Verhalten aufgefaßt wird, setzt seine Bestimmung

- 1) ein Bild von "Sinn und Zweck" der zugrundeliegenden Verbotsnormen und
- 2) der Freistellungsnorm des § 99 Abs.2 Nr.5 voraus, um
- 3) dann die Grenze zu ziehen, von der ab die Empfehlungen trotz formaler Freistellung mißbräuchlich werden.

Die ersten beiden Stufen dieses 3-stufigen Schemas ¹⁾ berühren sowohl Bedingungen als auch Entgelte und wurden im wesentlichen bereits in Kapitel 2 Ziff. 4 dargestellt, so daß die Ergebnisse in den entscheidenden dritten Schritt einfließen werden. Dieser Schritt führt dann zur Festlegung der Mißbrauchsmaßstäbe gesondert für Bedingungen und Entgelte.

Abschnitt II

Die Mißbrauchsaufsicht über die Bedingungen

Das BKartA hat bisher noch gegen keine der in Teil A der BSKE niedergelegten Bedingungen Bedenken geäußert. Im Zuge des Anmeldeverfahrens im Jahre 1975 kam es nur zu einigen Rückfragen aufgrund der für das BKartA wenig bekannten Materie im Schreiben vom 27.8.1975, die schnell geklärt werden konnten.

Im folgenden werden Mißbrauchsmaßstäbe entwickelt und beispielhaft an einigen Bestimmungen der BSKE angewendet, die seitens der 5 Verladerverbände in deren Stellungnahmen an das BKartA besonders heftig kritisiert wurden. Der Bedingungsteil der BSKE konzentriert sich im wesentlichen auf Geltungs- und Leistungsbereich der Beförderungen im Sammelgutverkehr. Daneben gelten insbesondere die ADSP. Sie wurden 1978 gemeinsam vom BSL und von 4 Verladerverbänden ²⁾ empfohlen, die auch zu den BSKE gegenüber dem BKartA Stellung nehmen. Das BKartA hatte an den ADSP - wie

¹⁾ Fikentscher V, S. 24 ff

²⁾ Bundesverband der deutschen Industrie, Bundesverband des deutschen Groß- und Außenhandels, Deutscher Industrie- und Handelstag, Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels. Der 5. Verband, der Stellungnahmen zu den BSKE und Ihren Äußerungen abgibt, ist der Zentralverband des Deutschen Handwerks. Seit 1977 geben diese 5 Verbände ihre Stellungnahmen gemeinsam ab.

schon in Kapitel 1 Ziff. 1d gezeigt. - keine wesentlichen Beanstandungen gehabt. Die sonst üblicherweise im Mittelpunkt der Mißbrauchsaufsicht über Konditionenempfehlungen stehenden Abweichungen vom dispositiven Handels- und Zivilrecht finden sich nur in wenigen Stellen der BSKE, wie z.B. in § 3 Nr.9 zum Zahlungsverzug.

1. Bestimmung der Mißbrauchsmaßstäbe

a) Parallele zu der Freistellung von Konditionenempfehlungen

Als Ausgangspunkt bieten sich zunächst die mit der zweiten GWB-Novelle von 1973 eingeführten Konditionenempfehlungen durch Wirtschafts- und Berufsvereinigungen nach § 38 Abs.2 Nr. 3 GWB an. Sie haben unter Ausschluß von Preisen und Preisbestandteilen die einheitliche Anwendung allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti zum Gegenstand. In der folgenden Ziff. 1b wird dann kurz die besondere Situation für die Mißbrauchsaufsicht über die BSKE dargelegt.

Die Ableitung des Maßstabes für die Mißbrauchsaufsicht nach § 38 Abs.3 stützt sich weitgehend auf die zu den Konditionenkartellen nach § 2 Abs.1 GWB vorhandene Literatur und Rechtsprechung.¹⁾ Ein Konditionenkartell wird nach Ablauf einer 3-Monatsfrist wirksam, falls die Kartellbehörden keinen, auf einen Mißbrauchsvorwurf iSv § 12 Abs.1 gestützten, Widerspruch erhoben haben. Darin ist eine sog. vorweggenommene Mißbrauchsaufsicht zu sehen²⁾. Bis zum Frühjahr 1980 waren bereits 112 Konditionenempfehlungen, insbesondere nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes zum 1.4.1977 ausgesprochen und weitere 63 Entwürfe vorgelegt worden³⁾. Zu den veröffentlichten Empfehlungen waren insgesamt 9 Mißbrauchsverfahren eingeleitet. Die sprunghafte Zunahme dieser Empfehlungen und die resultierende Verminderung des Konditionenwettbewerbs muß keine nachteiligen Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse

1) Langen/Niederleithinger/Schmidt, Anm. 21 zu § 38; Immenga/Mestmäcker, Tiedemann Anm. 236 zu § 38; Hennig/Paetow, S. 2351

2) Immenga/Mestmäcker, Immenga Anm. 113 zu § 2; Bunte I, S.329; Gemeinschaftskommentar, v. Renthe gen. Fink Anm. 35 zu § 2 (4. Aufl.)

3) Hennig/Jarre, S. 1429

haben, wenn eine effektive Mißbrauchsaufsicht neben die gerichtliche Inhaltskontrolle über AGB tritt ¹⁾.

Auch bei Konditionenempfehlungen kann das BKartA bereits gleich mit Anmeldung und noch vor der eigentlichen Empfehlung seine Bedenken gegenüber mißbräuchlichen Bedingungen äußern. Die Verbände machen davon gerne Gebrauch ²⁾, auch um das Risiko eines späteren Mißbrauchsverfahrens mit aufwendigen Konditionenanpassungen zu vermindern.

Im Mittelpunkt der Mißbrauchsaufsicht steht die sog. Ausgewogenheitsprüfung ³⁾, wonach die Interessen der Marktgegenseite ausgewogen berücksichtigt und nicht stärker beeinträchtigt werden dürfen, als dies vom Freistellungszweck noch gedeckt ist. Diese langjährige Praxis des BKartA zu den Konditionenkartellen erfolgt unabhängig von der Prüfung nach dem AGB-Gesetz ⁴⁾. Ansatzpunkt der AGB-Kontrolle war die Fortführung von Gedanken der Reichsgerichts-Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit der Konditionen von Monopolen oder Kartellen als Zeichen der Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung ⁵⁾. Die Bedeutung des AGB-Gesetzes für die BSKE wird in Ziff. 1c dieses Abschnitts erläutert.

Der Mißbrauchsaufsicht liegt ein branchenbezogener Ansatz zugrunde ⁶⁾, bei dem z.B. zugunsten eines Empfehlungswerks ins Gewicht fallen kann, ob in erster Linie kleine und mittlere Unternehmen ohne eigene Rechtsabteilung beteiligt sind, denen durch die Konditionen ein gewisser Nachteilsausgleich geboten wird ⁷⁾. Daneben werden die Marktgegebenheiten von Konditionenempfehlungen berücksichtigt, wobei der Ausschluß des letzten Wettbewerbs stets als mißbräuchlich angesehen wird ⁸⁾. Im Falle eines starken Preiswettbewerbs, wie z.B. im SGV, müßte folglich an die einzelnen Bedingungen ein großzügigerer Maßstab angelegt werden können.

1) Bunte I, S. 330

2) Hennig/Jarre S. 1431

3) Hennig/Paetow S. 2351

4) Hennig/Paetow S. 2351

5) Gemeinschaftskommentar, v.Renthe gen. Fink, Anm. 40 zu § 2

6) Immenga/Mestmäcker, Tiedemann, Anm. 230 zu § 38; Hennig/Paetow S. 2351

7) v. Renthe gen. Fink a.a.O. Anm. 35 zu § 2

8) v. Renthe gen. Fink a.a.O. Anm. 37 zu § 2

Sinn und Zweck der Freistellung der Konditionenempfehlungen lassen sich hingegen kaum so bestimmen, daß daraus praktikable Mißbrauchskriterien erwachsen würden. Klar ist nur, daß allgemeine Geschäftsbedingungen einerseits vor allem das Massengeschäft vereinfachen und verbilligen sollen ¹⁾, andererseits die Interessen der Marktgegenseite nur im Rahmen des AGB-Gesetzes beschränken dürfen.

Verbandsempfehlungen erleichtern die Aufstellung von AGB vor allem für kleine und mittlere Unternehmen. Eine einheitliche Handhabung ermöglicht weiter die besondere Erfassung von Handelsbräuchen, erleichtert eine klare Rechtsprechung und dient somit auch der Rechtssicherheit ²⁾. Nachteilig ist die Tendenz, die gesetzliche Rechtsordnung einseitig zum Vorteil der Verwender zu verändern. Diese Gefahr einzuschränken ist Aufgabe der Mißbrauchsaufsicht und Inhaltskontrolle. Sie wird durch die Anhörung der Marktgegenseite erleichtert, wie z.B. die Stellungnahmen der 5 Verladerverbände zu den BSKE. Der Gesetzgeber sieht darin bereits eine gewisse Garantie für die sachliche Angemessenheit der an sich einseitig festgelegten Konditionen ³⁾.

Darüber hinaus ist jedoch strittig, ob sich Konditionenempfehlungen angesichts des ohnehin unbedeutenden Konditionenwettbewerbs ⁴⁾ überhaupt wettbewerbsbeschränkend auswirken oder ob sie gar im Wege einer verbesserten Markttransparenz und einer möglicherweise resultierenden Konzentration des Wettbewerbs auf die Preise eine wettbewerbsfördernde Zielrichtung haben ⁵⁾.

b) Eigenarten der Mißbrauchsaufsicht über die Sammelgutbedingungen

Im Ergebnis müssen auch die BSKE der Ausgewogenheitsprüfung unterliegen. Angesichts der Vielzahl von Sammelgutspediteuren, deren Kunden noch dazu überwiegend selber Kaufleute sind, wäre

1) v. Renthe, gen. Fink a.a.O., Anm. 4 zu § 2

2) v. Renthe gen. Fink a.a.O., Anm. 4 zu § 2

3) Langen/Niederleithinger/Schmidt, Anm. 25 zu § 2; Rinck, S.291

4) Bunte I, S. 330; gegen eine angeblich wettbewerbsfördernde Wirkung wendet sich vor allem Langen/Niederleithinger/Schmidt, Anm. 3 zu § 38

5) In den Beratungen vor Verabschiedung des GWB erleichterte der Gedanke der Wettbewerbsförderung durch erhöhte Markttransparenz die Freistellung von Konditionenkartellen, v. Renthe gen. Fink a.a.O. Anm.3 zu § 2; Hennig/Paetow, S. 2351 beziehen dieses Motiv auf die Konditionenempfehlungen.

für die Sammelgutbedingungen auch für den Fall kein besonders strenger Maßstab anzulegen, falls sie allein auf der Grundlage von § 38 Abs.2 Nr.3 als Konditionenempfehlungen freigestellt wären.

Zusätzlich fällt ins Gewicht, daß diese Bedingungen eine größere Rechtssicherheit und nach Wegfall der Kundensätze weiterhin tragbare und überschaubare Rechtsgrundlagen im SGV darstellen sollen (s.o. Kapitel 2, Ziff. 4). Bereits der Rückzug des Staates aus der Administrierung des SGV wirkt sich wettbewerbsfördernd aus, so daß mit den BSKE keinesfalls eine zusätzliche Wettbewerbsförderung mehr verbunden sein sollte, sondern eher ein retardierendes Element im Sinne einer gewissen Kompensation der Tarife. Dafür spricht auch die systematische Stellung der Freistellung im Ausnahmebereich.

Somit ist - zumindest theoretisch, im einzelnen dazu Ziff. 2 dieses Abschnitts - eine stärkere Gewichtsverlagerung der Sammelgutbedingungen zugunsten der Spediteure zulässig, als dies bei den übrigen Konditionenempfehlungen der Fall ist.

c) Der Maßstab des AGB-Gesetzes

Da das BKartA auch das AGB-Gesetz als Wertungsmaßstab für Konditionenempfehlungen heranzieht, ist zu untersuchen, inwiefern somit ergänzende Kriterien gelten. Das BKartA hatte früher schon bei den Konditionenkartellen, genauso wie ab 1974 auch bei den Konditionenempfehlungen, eine strengere Prüfungspraxis als die zivilgerichtliche Inhaltskontrolle von AGB ¹⁾.

Dem liegt das Argument zugrunde, daß kollektiv in einer Branche verwandte AGB's keine Ausweichmöglichkeiten für die Kunden mehr offen lassen. Dagegen wird eingewandt, das AGBG sei eine abschließende Regelung, die sich gerade aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelt habe und den Gedanken des Monopolmißbrauchs somit quasi "verbraucht" habe ²⁾. Dieser Gedanke mag für die zivilgerichtliche Prüfung der AGB richtig sein, bei der es kaum mehr erschwerend ins Gewicht fallen kann, wenn AGB's von der gesamten Branche und nicht nur vom Verwender

¹⁾ Rinck, S. 296; Hennig/Paetow, S. 2351

²⁾ v. Renthe gen. Fink a.a.O., Anm. 40 zu § 2

benutzt werden. Hauptkriterium für das BKartA ist aber zu Recht, ob die kollektiven Konditionen vom Sinn der Freistellung noch gedeckt sind oder ob sie als unangemessen und mißbräuchlich zu qualifizieren sind ¹⁾. Auch wenn die Anwendung von AGB zivilrechtlich ohne Bedenken ist, bedeutet dies nicht zwingend die kartellrechtliche Angemessenheit, wenn solche Bedingungen kollektiv verwandt werden. Denn ein Zivilgericht prüft die Rechtsgrundlagen des individuellen Einzelvertrages und das BKartA prüft die Wettbewerbsbeschränkungen durch kollektive Geschäftsbedingungen ²⁾.

Andererseits präjudiziert das BKartA keine zivilgerichtlichen Entscheidungen. Sogar behördlich geprüfte oder angeordnete AGB's sind nicht gegenüber den §§ 9-11 AGBG - abgesehen von den zahlreichen Bereichsausnahmen gem. § 23 AGBG - privilegiert.

Der SGV wird zu über 99,5 % zwischen Kaufleuten abgewickelt. Somit finden nach § 24 Satz 1 AGBG die BSKE auch ohne die Voraussetzungen des § 2 AGBG (mögliche Kenntnissnahme und das Einverständnis des Kunden) in die meisten Speditionsverträge Eingang und unterliegen gem. § 24 Satz 1 Ziff. 1 nicht den Klauselverboten mit und ohne Wertungsvorbehalt nach den §§ 10 und 11 AGBG.

Von den anwendbaren Vorschriften hat die generalklauselartige Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG besondere Bedeutung. Demnach sollen die vom AGB-Verwender bei der Vertragsgestaltung zu beachtenden Gebote von Treu und Glauben gegenüber jeder Vertragspartei gelten, ohne daß ein besonderes persönliches Schutzbedürfnis bestehen muß ³⁾. In welchem Umfang die Klauselverbote nach den §§ 10 und 11 AGBG auf dem Weg über § 9 AGBG Eingang in die Verträge zwischen Kaufleuten finden, ist strittig ⁴⁾. Als Basis kann jedoch gelten, daß Risikoverlagerungen gegenüber einem Kaufmann eher tragbar sind als gegenüber Verbrauchern.

1) Hennig/Paetow, S. 2351

2) Hennig/Paetow, S. 2351

3) Ulmer/Brandner/Hensen, Anm. 13 zu § 24

4) z.B. Ulmer et al. Anm. 19 zu § 24;
Löwe/von Westphalen/Trinkner, Anm. 13 zu § 24

Weiter ist auf die Geltung von Handelsbräuchen im Rahmen des § 9 AGBG angemessen Rücksicht zu nehmen (§ 24 Satz 2, letzter Halbsatz AGBG). Im Ergebnis unterliegen auch die BSKE den grundlegenden Wertungen des AGBG, wobei unter Kaufleuten größere Abweichungen vom dispositiven Recht zugunsten der Verwender möglich sind, als es die Klauselverbote nach §§ 10 und 11 AGBG für Nichtkaufleute zulassen. Wie eingangs dieses Abschnitts gesagt, ist vom Spielraum für solche Abweichungen in den BSKE kaum Gebrauch gemacht worden, da diese Aufgabe von den ADSP übernommen wird.

2) Die Prüfung von einzelnen Bedingungen

Die Bedingungen (abgedruckt im Anhang dieser Arbeit) definieren als Teil A der BSKE im wesentlichen Geltungs- und Leistungsbereich im Sammelgutverkehr. Dabei wird besonders detailliert abgegrenzt, welche Leistungen noch vom Haus-Haus-Entgelt umfaßt werden und für welche Leistung eine gesonderte Vergütung berechnet werden kann. Dieses Haus-Haus-Entgelt besteht nach § 3 Nr. 2 der BSKE aus dem Kundensatz ab Haus des Versenders bis zum Bestimmungsort des Empfängers und der Hausfracht, dem Entgelt für die Zustellung bis zum Haus des Empfängers.

Das BKartA hat gegen diese Bedingungen keinerlei Einwände erhoben und nur zum Geltungsbereich eine Rückfrage gehabt. Von den zahlreichen Einwänden der Verladerverbände in den, 1975 noch für jeden Verband einzeln abgegebenen Stellungnahmen, genügt es völlig, wenn vor allem die kartellrechtliche Beurteilung der Definition des Leistungsbereichs hier erfolgt. Denn daran wird sichtbar, daß der BSL vom GWB her ein weitgespanntes Ermessen hat, welche Leistungselemente er auf welche Weise abgrenzt.

a) Definition des Geltungsbereichs

Nach dem Wortlaut von § 99 Abs.2 Nr.5 GWB können Bedingungen und Entgelte für die Versendung von Gütern im SGV mit Eisenbahn und Kraftwagen empfohlen werden. Darunter ist das ganze Bündel von Haupt- und Nebenleistungen zu verstehen, das im Rahmen des SGV von Spediteuren übernommen werden kann.

Das BKartA hatte zunächst den Begriff "Versendung" nur auf die Hauptleistung - nämlich die Beförderung - abgestellt und geäußert ¹⁾, die speditionellen Nebenleistungen dürften nicht empfohlen werden. Diese Meinung konnte aber in einem Gespräch zwischen dem Bundeswirtschaftsministerium und dem BKartA korrigiert werden. Unter den Versendungsbegriff fällt nach unstrittiger Ansicht nicht nur der Abschluß der Frachtgeschäfte mit dem Frachtführer, sondern darüber hinaus auch die "Verrichtung von Nebenleistungen, die Voraussetzung für die sichere und ordnungsgemäße Erledigung des dem Spediteur... erteilten Auftrages sind" ²⁾. Durch Ausübung seines Weisungsrechts kann der Versender die Durchführung der Versendung weitgehend beeinflussen. Dazu gehören alle Maßnahmen, damit der vom Versender angestrebte Erfolg erreicht werden kann ³⁾.

Schon die Kundensatzverordnung PR 73/51 vom 26.10.1951 hatte in § 1 den SGV als Sammlung und Versendung bestimmter Güter in einer Frachtbriefsendung mit der Eisenbahn oder dem Kraftfahrzeug umschrieben. Auf diese Verordnung beziehen sich die BSKE in zahlreichen Einzelfragen vor allem deshalb, weil sie den weitesten Geltungsbereich hatte und sich somit die BSKE möglichst weit erstrecken können. Darin ist jedoch keineswegs ein Mißbrauch zu sehen.

Im Ergebnis schränkt der Wortlaut des § 99 Abs.2 Nr.5 weder den Begriff des SGV ein, noch definiert er nur einen beschränkten Bereich, der empfohlen werden kann. Der BSL hat sich bemüht, diesen Sammelgutverkehr einerseits funktional zu definieren, andererseits aber hinsichtlich der anderen Parameter, wie Gewicht, Größe der Sammelladung, Zahl der beteiligten Versender etc. möglichst weit zu fassen.

b) Leistungsbereich einer Versendung

Die BSKE lassen in § 2 Nr. 1 den Leistungsbereich vor dem Haus des Versenders beginnen und vor dem Haus des Empfängers enden. In den unveröffentlichten Stellungnahmen der Verlager wurde im

- 1) Schreiben des BKartA vom 27.8.1975 an den BSL
- 2) Schlegelberger, Anm. 5e zu § 407 HGB
- 3) Schlegelberger, Anm. 2 zu § 408 HGB

Sommer 1975 vor allem gerügt, daß dies eine praxisfremde Regelung sei, die den bisherigen Marktgepflogenheiten widerspreche. Der BSL steht dagegen auf dem Standpunkt, die Abgrenzung sei wegen des identischen Leistungsbereiches der ADSP, der insbesondere auf die Versicherung der Sendung abstellt, sachgerecht.

Der Leistungsbereich der Kundensatzverordnung erstreckte sich früher etwas weiter, nämlich "ab Haus des Kunden bis zur Entladestelle". Die BSKE engen ihn in der Absicht ein, die zusätzlichen Leistungen, z.B. für den Transport von der Verladestelle (Werk oder Lagerhalle) bis vor das Haus gesondert zu berechnen. Darin kommt von der Idee her der sinnvolle, und mit einer Tarifliberalisierung zwangsläufig verbundene, Gedanke zum Tragen, daß die Parteien von staatlich administrierten Pauschalierungen weg zu individuell ausgehandelten, leistungsgerechten Entgelten kommen. Ein arbeitsaufwendigerer Weg als hier "vor das Haus" (z.B. Ablieferung und Verstauung der Sendung im Lager des Empfängers) verlangt ein höheres Entgelt, als z.B. eine rationalisierte Palettenverladung an der Rampe.

Eine unangemessene Beeinträchtigung der Verladerinteressen kann darin keinesfalls gesehen werden. Eine Änderung dispositiven Rechts ist ebenfalls nicht damit verknüpft. Zu prüfen ist aber das in den Stellungnahmen vorgetragene Argument, diese Klausel widerspreche bisherigen Marktgepflogenheiten und verhindere die vom GWB geforderte Markttransparenz. Wie oben schon gezeigt wurde, ist eine erhöhte Markttransparenz nicht alleiniger Sinn und Zweck des § 99 Abs.2 Nr.5. Vielmehr soll den vom Gesetzgeber nach Wegfall der staatlichen Tarife als schutzbedürftig eingeschätzten Spediteuren Gelegenheit gegeben werden, sich im Wettbewerb behaupten zu können. Somit können die Empfehlungen zu einem einheitlichen Verhalten anregen, das zu diesem Ziel führen kann. Deswegen kann der BSL auch eine Definition des Leistungsbereichs wählen, die es der Spedition erleichtert, zusätzliche Entgelte zur Absicherung dieses Niveaus zu erwirtschaften. Von Mißbrauch könnte erst gesprochen werden, wenn der Leistungsbereich vollkommen sachfremd bestimmt worden wäre, was auch von den Verladerverbänden nie behauptet wurde.

Deren Argumentation stellte weiter auf das Abweichen einer Empfehlung vom Marktüblichen ab. Konditionenempfehlungen können aber i.d.R. nicht schon deshalb als mißbräuchlich angesehen werden, weil sie nicht einheitlich befolgt werden ¹⁾. Dieses Argument greift nur bei Konditionenkartellen nach § 2 ²⁾, wo die Kartellmitglieder zu einer Gleichbehandlung gezwungen werden sollen und insbesondere ihre Abnehmer nicht diskriminieren dürfen.

Das vorgeworfene Abweichen der 1975 eingeführten Bedingungen von der bis dahin üblichen Praxis ist auch deshalb nicht mißbräuchlich, weil im Marktgespräch genügend Spielraum bleibt, ein tatsächlich höheres Entgelt nicht zuzulassen.

c) Sonstige Bedingungen und Ergebnis

Im Übrigen fällt noch die Kritik der Verladerverbände an der Preisspaltung der Kundensätze für Zielplätze und für Nebenplätze ins Gewicht. Darin soll zum Ausdruck kommen, daß dem Spediteur höhere Kosten anfallen, wenn die Übergabe der Sendung an den Empfänger außerhalb der politischen Gemeinde erfolgt, in der der Ankunftsschuppen der Sammelladung liegt. Da gerade größere Spediteure häufig zur Kostenersparnis ihren Ankunftsschuppen in eine kleinere Gemeinde außerhalb von Ballungsgebieten gelegt haben, um das Ballungsgebiet dann mit wendigeren Fahrzeugen bedienen zu können, sei diese Abgrenzung willkürlich und könne mißbräuchlich gehandhabt werden. Letztlich ist dies für die Praxis eine Frage der Entgeltberechnung und kann nicht als mißbräuchliche Gestaltung der Bedingungen gewertet werden.

Im Ergebnis bestehen gegen den Bedingungsteil A und gegen die in Teil B enthaltenen grundlegenden Bedingungen für die Entgeltberechnung keine Bedenken, so daß die Freistellung vom Empfehlungsverbot keinesfalls mißbräuchlich genutzt wurde.

1) Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm. 125 zu § 2

2) Immenga a.a.O., Anm. 124 zu § 2;
Gemeinschaftskommentar, v. Renthe gen. Fink, Anm. 8 zu § 2

Abschnitt III

Mißbrauchsaufsicht über die Entgelttempfehlungen

1. Ausgangslage

Sinn und Zweck der Freistellung nach § 99 Abs.2 Nr.5 sind nicht so genau zu bestimmen ¹⁾, als daß daraus bereits praktikable Mißbrauchskriterien abgeleitet werden könnten. Die "Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs", zu der auch ein gewisser Schutz vor ruinöser Konkurrenz gehört, ist ebenfalls nicht operational genug ²⁾.

Somit liegt es nahe, zur Feststellung mißbräuchlichen Verhaltens vergleichbare Mißbrauchstatbestände im GWB und allgemeine Meßkonzepte und Leitbilder hinzu zu ziehen, nachdem im folgenden kurz die bisherige Entwicklung für Entgelte erläutert wird.

a) Überblick über die Entwicklung der Entgelte nach 1975

Als die Kundensatzverordnung 1975 auslief, war die Untergrenze der Entgelte mit der damaligen Marge von ca. 30-40 % ³⁾ seit 1973 nicht mehr angehoben worden. Die Empfehlungspreise wurden 1975 etwas oberhalb der damaligen Obergrenze angesetzt ⁴⁾. Seitdem wurden sie jährlich in etwas geringerem Umfang, als die Tarifierhöhungen im Güterfernverkehr heraufgesetzt. Das Tarifwerk wurde einige Male geändert. Zuletzt stiegen mit Wirkung vom 1.3.1981 die Entgelte für Entfernungen bis zu 200 km durch Ausdehnung des Geltungsbereichs der BSKE stark an.

Da die Stellungnahmen der Verladerverbände den Verhandlungsspielraum betonen, den die Verlader für die von ihnen vorab bezahlten Sendungen besitzen, haben sie ernsthaft nur das Tarifniveau gerügt, das für die Empfänger von Unfrei-Sendungen besteht. Diese Empfänger haben in der Tat rechtlich mangels direkter vertraglicher Beziehungen mit dem Spediteur kaum Möglichkeiten, überhöhte Preisforderungen der Spediteure abzuwehren.

1) s.o. Kapitel 2, Ziff. 4

2) Insbesondere Kapitel 1, Ziff. 5

3) Storsberg VI, S. 4

4) Storsberg VI, S. 11

Außerdem haben die Verladerverbände in ihren, seit 1977 gemeinsam abgegebenen, Stellungnahmen zu den Änderungen der BSKE mehrfach bezweifelt, daß die Erhöhungen der empfohlenen Entgelte "marktmäßig gerechtfertigt" wären. Auf diese Vorwürfe wird im folgenden noch eingegangen.

b) Die Aufstellung der Entgeltempfehlungen

Die i.d.R. jährlichen Erhöhungen der Entgelte verlaufen nicht linear gleich für alle Größen- und Entfernungsklassen. In einigen Bereichen sind deutliche Sonderbewegungen zu verzeichnen, wie z.B. in der starken Erhöhung der niedrigen Gewichtsklassen zum 1.3.1981 und der geringeren Erhöhung der Entgelte für Nebenplätze, d.h. Orte, in denen kein Ankunftsschuppen des Spediteurs liegt.

Diese Sonderbewegungen gründen genauso wie die jährlichen Erhöhungen auf kostenorientierten Überlegungen. Der BSL zieht dafür die ihm mitgeteilten Kostenunterlagen von Betrieben mit gut ausgebautem Rechnungswesen hinzu ¹⁾. Daraus angemessene Empfehlungen zu entwickeln, ist allerdings nicht einfach, weil die Kosten für eine Versendung, insbesondere von der Auslastung des Transportgefäßes bestimmt wird, die nur schwer im Voraus geschätzt werden kann.

Die Kostenunterlagen werden dem BSL i.d.R. von größeren Betrieben zur Verfügung gestellt. Tendenziell bestünde daher die Gefahr, daß kleine Unternehmen mit schlechterer Kostenstruktur nur geringe Überschüsse erwirtschaften können ²⁾. Es besteht allerdings Grund zur Annahme, daß deren Interessen in der demokratisch aufgebauten Verbandsstruktur schon hinreichend berücksichtigt werden.

Auch die aktuellen Marktverhältnisse werden im Zuge einer evtl. Entgelterhöhung berücksichtigt ³⁾, da sie z.B. in einer Rezession (insbesondere Personalkosten) nicht voll an die Versender

1) Bönisch, S. 73

2) Vortrag von Seidenfus 1975 in Garmisch-Partenkirchen, zitiert nach Bönisch, S. 73

3) Bönisch, S. 74

weitergegeben werden können. Wie noch für die Mißbrauchsaufsicht als Kostenkontrolle in Ziff. 4 dieses Abschnitts von Bedeutung, ist es jedoch sehr schwer, diese Kosten zu ermitteln.

c) Die bisherigen Überlegungen zur Mißbrauchsaufsicht über die

empfohlenen Entgelte

Erste Überlegungen zu einer möglichen Mißbrauchskontrolle waren 1975 von der systematischen Parallele zum Recht der Markenwarenpreisempfehlungen ausgegangen, ohne daß eine Begründung mit Hilfe von Sinn und Zweck beider Regelungen erfolgt wäre. In der grundsätzlichen Besprechung der "Kartelllösung" im SGV vom 13.3.1975 in Bonn zwischen Vertretern des federführenden Bundeswirtschaftsministeriums und des Verkehrsministeriums, des Bundeskartellamts sowie Vertretern der 5 Verladerverbände und des BSL, hielt der Vertreter des BKartA erst erhebliche Unterschreitungen des Empfehlungspreises durch die Marktpreise von ca. 20 % als Indiz für einen Mißbrauch des Empfehlungsrechts geeignet.

Auch der federführende Referent im Bundeswirtschaftsministerium, Herr Ministerialrat Dr. Storsberg, sah z.B. in Mondpreisen einen Mißbrauchstatbestand. Im Gegensatz dazu vertrat Prof.Seidenfus z.B. auf dem Speditionskongreß 1975 in Garmisch die Ansicht ¹⁾, daß Mißbrauchsmaßstab nicht das Verhältnis von Wettbewerbspreis zum höheren Empfehlungspreis sein könne, sondern nur die Frage, ob die Empfehlungspreise den Kosten eines gut geführten mittleren Betriebes in etwa entsprechen würden.

Diese Ansätze sind nun zu prüfen, wobei sich folgende Reihenfolge ergibt:

- Parallele zum Mißbrauchsbegriff für Preisempfehlungen von Markenwaren
- Parallele zu Mißbrauchstatbeständen in anderen Ausnahmebereichen
- Sonstige Konzepte wie z.B. Als-Ob-Konzept oder kosten- und gewinnorientierte Konzepte

1) Zitiert nach Bönisch, S. 72 f

- Zum Schluß wird dann versucht, angemessene Mißbrauchskriterien für die "Kartelllösung" im SGV aufzustellen.

2. Die Parallele zu den Preisempfehlungen für Markenwaren

Die Mißbrauchsaufsicht über die Preisempfehlungen von Markenwaren wird mit den 4 speziellen Tatbeständen der Nr. 1-4 des § 38a Abs.3, der einzigen detaillierten Mißbrauchregelung zu Preisempfehlungen im GWB, näher bestimmt. Die größte Bedeutung davon hat in der Praxis die Mißbrauchskonstellation, wonach der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise erheblich übersteigt (§ 38a Abs.3 Nr.3). Darüber hinaus können weitere Fälle mißbräuchlicher Preisempfehlungen verfolgt werden, sofern das Verhalten nicht bereits von den 3 Beispielstatbeständen erfaßt wurde ¹⁾.

Es ist aber fraglich, ob eine Parallele zu diesen Mißbrauchstatbeständen überhaupt möglich ist, von der das BKartA und das Bundeswirtschaftsministerium zunächst ausgehen. Deshalb ist es sinnvoll, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten der Preisempfehlungsrechte für Markenwaren und den SGV herauszuarbeiten, bevor die Eignung dieser Kriterien für die Mißbrauchsaufsicht über die BSKE untersucht wird.

a) Faktische Unterschiede zwischen den BSKE und den Markenwarenpfehlungen ----- -----

Zunächst werden einige tatsächliche und strukturelle Unterschiede zwischen Markenwaren und dem SGV kurz dargestellt, die eine parallele Anwendung der Mißbrauchskriterien erschweren. Danach wird geprüft, ob die Parallele aus systematischen Gründen überhaupt zulässig ist.

aa) Sammelgutverkehr als komplexe Dienstleistung

Bei einer Sendung im SGV handelt es sich um ein Dienstleistungsbündel mit sehr verschiedenen Ausgestaltungen. Z.B. reicht die Variationsbreite der Leistung ab Ankunftsschuppen von der Selbstabholung der Sendung ohne Hausfracht bis zur Hausfracht mit Verstauen und sogar noch bis zum Sortieren der Sendung im Warenlager des Empfängers.

1) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 37 zu § 38a

Im Gegensatz dazu ist die Markenware dadurch gekennzeichnet, daß sie eine konstante Beschaffenheit und eine deutlich von anderen Waren abgegrenzte Kennzeichnung aufweist (§ 38a Abs.2).

bb) Produktionskosten variieren stark und sind schwer kalkulierbar

Produktionskosten von Markenwaren sind im wesentlichen vorhersehbar, da die Produktionsmethoden feststehen und höchstens in Abhängigkeit von der Stückzahl noch variieren. Demgegenüber hat der SGV eine größere Variationsbreite der Produktionsmöglichkeiten. Z.B. kann der Spediteur wahlweise den Güterfernverkehr oder die Bahn als Fuhrunternehmen einsetzen. Weiter kann er zwischen eigenen Fahrzeugen oder der Einschaltung eines weiteren Sammelgutspediteurs wählen. Insbesondere hängen die Produktionskosten von der Auslastung des eingesetzten Transportgefäßes ab (Lkw-Einheit oder Bahnwagenladung).

cc) Stärkeres Abweichen weiterer Einflußfaktoren auf den Preis

Es spricht weiter viel dafür, daß die Kostenunterschiede auf der Ebene der Händler von Markenwaren geringer sind als die für Sammelgutspediteure untereinander. Hier spielt die unterschiedliche Attraktivität der verschiedenen Sammelgutlinien und insbesondere die Kundenstruktur (z.B. langfristige Kontakte mit Großversendern im Gegensatz zur Akquisition einer Vielzahl von kleineren Sendungen) auch eine große Rolle.

dd) Ergebnis

Diese Unterschiede sind aber nicht so gravierend, daß die Mißbrauchskriterien von § 38a Abs.3 nicht anwendbar wären. Vielmehr ermöglichen sie noch die Auffassung des BKartA in der grundlegenden Besprechung vom 18.3.1975 zwischen den beteiligten Verbänden und Behörden im Sammelgutverkehr, daß diese Mißbrauchskriterien grundsätzlich angewendet werden könnten. Da im SGV eine vielschichtige und stark differenzierende Preisgestaltung üblich sei, müsse schon eine erhebliche Unterschreitung der empfohlenen Entgelte durch die Marktpreise bestehen, damit mißbräuchliche Empfehlungen vorlägen. Der Vertreter des BKartA, dem sich der Vertreter des Bundeswirtschaftsministeriums anschloß, sah einen möglichen Mißbrauch in einer Unterschreitung von etwa 20 % auf großen Teilen des Marktes, während dies bei Markenwareneempfehlungen - je nach

Größe der Handelsspanne - bereits bei allgemeinen Unterschreitungen von ca. 10 % angenommen wird.

Aber auch dieser Versuch, durch Anpassung des Mißbrauchsmaßstabes aus § 38a ein auf die Freistellung nach § 99 Abs.2 Nr.5 zutreffendes Mißbrauchskriterium zu entwickeln, überzeugt nicht. Denn die rechtliche Struktur der Freistellung im Ausnahmebereich weicht deutlich von derjenigen der vertikalen Markenwarenempfehlungen ab, wie im folgenden gezeigt wird.

b) Gesetzessystematische Unterschiede zu den Markenwarenempfehlungen

Preisempfehlungen für Markenwaren sind nur zulässig, falls sie "in der Erwartung ausgesprochen werden, daß der empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht" (§ 38a Abs.1 Nr.2), d.h. marktgerecht ist ¹⁾. Eine ähnliche Einschränkung der Zulässigkeit besteht bei den Mittelstandsempfehlungen, die dazu dienen müssen, "die Leistungsfähigkeit der Beteiligten gegenüber Großbetrieben... zu fördern und dadurch die Wettbewerbsbedingungen zu verbessern" (§ 38 Abs.2 Nr.1).

aa) Für die Empfehlung der Sammelgutentgelte ist die Marktgerechtigkeit keine Zulässigkeitsvoraussetzung

In der Freistellungsregelung nach § 99 Abs.2 Nr.5 ist die Marktgerechtigkeit der Entgelte nicht ausdrücklich vorgesehen. Vielmehr ist die Legitimation dieser Empfehlungen bereits durch ihre Verankerung in der Bereichsausnahme Verkehr nach § 99 Abs.2 gegeben. Demnach sind Verträge, Beschlüsse und Empfehlungen von den §§ 1, 15 und 18 freigestellt, um bestimmten Besonderheiten im Verkehrsbereich besser Genüge zu tun.

Die Markenwarenempfehlungen dürfen u.a. die Preise nicht verteuern, bzw. das Sinken der Preise nicht verhindern (§ 38a Abs.3 Nr.1). Dahinter steht der Gedanke, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen im Massengeschäft eine Kalkulations-, Abrechnungs-, u. Preisauszeichnungshilfe darstellen, einen

1) Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 35 zu § 38a (3. Aufl.)

gewissen Einfluß des Herstellers z.B. durch Werbemethode und -preise ermöglichen und die Orientierungsmöglichkeiten für den Verbraucher verbessern sollen. Für den Fall einer Abschaffung des Empfehlungsrechts wird aber nicht mit ruinösen Tendenzen gerechnet, sondern nur mit einem allenfalls anfänglich leicht intensivierten Wettbewerb ¹⁾.

Demgegenüber bedingt das Ziel des funktionsfähigen Wettbewerbs im SGV eine gewisse stabilisierende und u.U. verteuernde Funktion der Preisempfehlungen, um einen ruinösen Wettbewerb zu verhindern. Dies wird auch durch die systematische Stellung im Ausnahmebereich deutlich. Allein ein erhebliches Abweichen von Empfehlungs- und Marktpreisen kann ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen keinen Nachweis für einen Mißbrauch liefern, da es auch als Zeichen für einen ruinösen Wettbewerb angesehen werden kann.

bb) Sinn und Zweck von Sammelgut- und Markenwarenempfehlungen weichen voneinander ab

Ein Blick auf die Vorgeschichte der Preisempfehlung für Markenwaren zeigt, daß sie sich aus der Preisbindung für Markenwaren nach der bis zur 2. GWB-Novelle von 1973 geltenden Fassung und aus den Mißbrauchskriterien des in der 1. GWB-Novelle präzisierten und verschärften § 17a.F. entwickelt hat.

Dem lagen die Gedanken zugrunde, daß

- 1) die Markenwaren mit vergleichbaren Waren anderer Hersteller in Preiswettbewerb stehen müssen und
- 2) die Preisbindung die gebundenen Waren nicht in einer gesamtwirtschaftlich ungerechtfertigten Weise verteuern, bzw. ein Sinken ihrer Preise verhindern darf.

Für die Kontrolle von 2) war bis 1966 vornehmlich ein Kosten-Preis-Vergleich erforderlich, der sich für den Nachweis mißbräuchlicher Überhöhung gebundener Preise als ungeeignet erwiesen hatte ²⁾. 1966 wurde dann der Vermutungstatbestand eingeführt, wonach die Vertéuerung vorliegt, "wenn die gebundenen

¹⁾ Bericht der Bundesregierung über die unverbindlichen Preisempfehlungen für Markenwaren, 1977, BTDrS. 8/703, S. 15 ff

²⁾ Gemeinschaftskommentar, Schwartz, Anm. 45 zu § 17 (3. Aufl.)

Preise in einer erheblichen Zahl von Fällen unterschritten werden" (§ 17 Abs.1 Satz 2 a.F.).

Für die Preisempfehlung lautet dieser Sachverhalt seit 1973 in § 38a Abs.3 Nr.3: Ein Mißbrauch liegt insbesondere vor, wenn "der empfohlene Preis in einer Mehrzahl von Fällen die tatsächlich geforderten Preise,.. erheblich übersteigt". War früher den gebundenen Preisen zuerkannt, daß sie höher als die Wettbewerbspreise liegen konnten ¹⁾, so ist Zulässigkeitsvoraussetzung für die empfohlenen Preise, daß sie an die Marktpreise angepaßt, d.h. marktgerecht sind. Im Falle von sinkenden Preisen mit ruinöser Tendenz müßten daher auch die empfohlenen Preise das Absinken nachvollziehen. Dies kann aber nicht im Falle des § 99 Abs.2 Nr.5 gemeint sein, da das Empfehlungsrecht im SGV den Wegfall der administrierten Tarife, u.a. als Schutz vor ruinöser Konkurrenz, kompensieren soll.

Eine andere Frage ist natürlich, ob im Falle erheblicher Unterschreitungen ein Mißbrauch vorliegt, wenn weitere Kriterien hinzutreten, wie z.B. eine günstige Wettbewerbslage für die Spediteure bei Fehlen ruinöser Tendenzen. Dies wird nach Diskussion weiterer Ansätze einer Mißbrauchskontrolle abschließend in Ziff. 5 dieses Abschnitts behandelt. Dort zeigt sich, daß die Mißbrauchskriterien aus § 38a Abs.3 Indizien für einen Mißbrauch sein können, eine Reihe weiterer Schritte wegen der Situation im Ausnahmebereich aber erforderlich ist.

Im Ergebnis ist weder der Ausgangspunkt des BKartA mit einem Mißbrauch bei häufiger Preisunterschreitung um ca. 20 %, noch der des Bundeswirtschaftsministeriums richtig begründet, wonach sich die Empfehlungspreise immer an den Marktverhältnissen zu orientieren hätten.

- cc) Aus den Markenwarenempfehlungen lassen sich keine allgemeinen Mißbrauchskriterien über Preisempfehlungen ableiten

Die Unterschiede zwischen den Markenwarenempfehlungen und den Empfehlungen im Ausnahmebereich sind somit sehr bedeutsam. Wegen der großen Variationsbreite von Empfehlungsrechten, zu denen auch die Mittelstandsempfehlungen gehören, ist es nicht

¹⁾ Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 42 zu § 38a

möglich, aus den Mißbrauchstatbeständen des § 38a Abs.3 Nr. 1-4 einen generellen Mißbrauchsmaßstab über Preisempfehlungen zu entwickeln. Zwar hätte dies den Vorteil, den großen Aufwand zu vermeiden, den z.B. eine nähere Kostenuntersuchung für die relativ schwachen Wettbewerbsbeschränkungen durch eine Empfehlung bedeutet.

Andererseits besteht in den Ausnahmebereichen die gesetzgeberische Absicht darin, die Instrumente anzubieten, um einen funktionsfähigen Wettbewerb zu ermöglichen und einen ruinösen Wettbewerb zu verhindern. Somit sind u.a. zusätzlich noch die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse zu prüfen. Gemeinsam ist den freigestellten Preisangaben nach § 38a und § 99 Abs.2 Nr.5 nur ihr Rechtscharakter als Empfehlung. Ebensowenig wie es allgemeingültige Mißbrauchskriterien oder selbst einen einheitlichen Mißbrauchsbegriff gibt, können in den 4 Mißbrauchstatbeständen nach § 38a Abs.3 allgemeine Maßstäbe für die Aufsicht über Preisempfehlungen gefunden werden.

3. Parallele zur Mißbrauchsaufsicht in anderen Ausnahmebereichen

Die Schwierigkeit für die Bildung des Mißbrauchsmaßstabes bei den BSKE liegt, wie oben gezeigt, darin, die Nahtstelle zwischen Liberalisierungsabsicht einerseits und dem Gewicht des Kompensationsgedankens andererseits zu treffen. Da die Mißbrauchskriterien der Markenwarempfehlungen nicht systemgerecht sind, liegt die Parallele zur bisherigen Praxis der Mißbrauchsaufsicht in anderen Ausnahmebereichen nahe.

a) Verkehrswirtschaft

Im Verkehrssektor gibt es eine detaillierte BGH-Rechtsprechung zu Kartellen nach § 99 Abs.2 Nr.1 über Entgelte in der Linienschifffahrt. Demnach kann Mißbrauch vorliegen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung nach den Umständen des Einzelfalles über das sachlich gerechtfertigte Schutzbedürfnis hinausgeht und die schutzwerten Interessen Dritter, wie der Verlader, beeinträchtigt ¹⁾. Zur Begründung des Mißbrauchsvorwurfes ist schließlich noch eine Interessenabwägung zwischen dem Schutzzweck der Freistellung und dem Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht erforderlich ²⁾. Diese Abwägung ist auch erforderlich, wenn man wie Immenga ³⁾ einen Mißbrauch des Empfehlungsrechts nach § 99 Abs.2

1) BGH WuW/E 1274, Beschluß v. 5.7.1972, "Schiffahrtskonferenz"

2) BGH a.a.O.

3) Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm.106 zu § 99

Nr. 5 dann als gegeben ansieht, wenn die Bedingungen und Entgelte unangemessen sind oder ein Verhalten implizieren, das im Widerspruch zu Sinn und Zweck der Freistellung, nämlich der Sicherung eines funktionsfähigen SGV, steht.

b) Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft

Auch der Mißbrauchsaufsicht über Prämienempfehlungen in der Versicherungswirtschaft liegt eine vergleichbare Überlegung zugrunde. Die Freistellung nach § 102 GWB erfolgt wegen der Besonderheiten dieses Wirtschaftszweiges, ohne daß zusätzliche Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine Empfehlung nötig sind ¹⁾. Mißbräuchlich können Prämienempfehlungen sein, wenn sie ohne sachlichen Grund zum Nachteil der Versicherungsnehmer überhöht und unangemessen sind ²⁾. Dies kann der Fall sein, wenn die Prämien über die notwendigen Schadensaufwendungen, Rückstellungen und Rücklagen sowie einen angemessenen Gewinn hinausgehen ³⁾. Das BKartA geht gerne von der Schadenquote allein aus und hat bei einer Schadenquote von 55 % Prämienempfehlungen als nicht mehr sachlich erforderlich angesehen ⁴⁾.

Nach dem ausdrücklichen Einbezug des Empfehlungsrechts für Vereinigungen von Versicherungsunternehmen in die Freistellung gemäß § 102 Abs.1 durch die 4. GWB-Novelle hat das BKartA seine Grundsätze nochmals kurz zusammengefaßt ⁵⁾, wonach versicherungstechnisch nicht begründete Wettbewerbsbeschränkungen wegen übermäßiger Ausnutzung des Privilegs unzulässig sind und Verbandsempfehlungen keine Automatik in Richtung auf ein abgestimmtes gleichförmiges Verhalten auslösen dürfen.

Auf diese Gefahr eines automatischen oder erzwungenen ⁶⁾ gleichförmigen Verhaltens macht auch R. Schmitt aufmerksam ⁷⁾. Da im

1) Gleiss/Hootz, NJW 1966, S. 866

2) Prölss/Schmidt/Sasse, Anm. 27 u.28, Anhang II zu § 81 VAG; Gemeinschaftskommentar, Gleiss/Hootz, Anm. 21 zu § 102

3) Klaue I, S. 12

4) BKartA TB 1974, BTDRs. 7/3791, S. 82

5) BKartA TB 1979/80, BTDRs. 9/565, S. 106

6) Wirtschaftlicher oder moralischer Druck sowie das Drängen in eine Außenseiterposition kann einen gewissen Zwang ausüben, R. Schmitt, S. 60

7) R. Schmitt, S. 54

SGV eine "kollusive Transparenz" ¹⁾, die zu einem solchen gleichförmigen Verhalten führen könnte, angesichts der Vielzahl von ca. 3.000 Sammelgutspediteuren kaum anzunehmen ist, scheidet eine Empfehlungsautomatik im SGV aus.

Im übrigen warnt R. Schmitt aber ausdrücklich davor, jede Empfehlung für mißbräuchlich zu erklären, für die eine versicherungstechnische Notwendigkeit nicht jeweils nachgewiesen werden könne ²⁾. Angesichts des besonderen Informationsbedürfnisses der Versicherungswirtschaft bestehe auch bei "normalen Marktverhältnissen" oft das Bedürfnis, auf Verbandstarife zurückzugreifen, mit denen der eigene Prämienbedarf erst risikogerecht kalkuliert werden könne ³⁾.

Die Argumentation des BKartA orientiert sich an einer absoluten Größe, wie z.B. der Schadenquote als hinreichendem Kriterium, bei deren Vorliegen eine Wettbewerbsbeschränkung (z.B. eine Empfehlung mit resultierendem gleichförmigen Verhalten) ohne weitere Prüfung der jeweiligen Marktkonstellation übermäßig und somit mißbräuchlich wäre. Jede nicht unerläßliche Wettbewerbsbeschränkung sei mißbräuchlich. Eine Schadenquote von nur 55 % sei ebenso ein Anzeichen dafür wie das Unterschreiten der Prämienempfehlungen durch einzelne Versicherer darauf hindeute, daß sie zu hoch kalkuliert seien.

Diese Argumentation beurteilt das Unterschreiten von Verbandsempfehlungen im Ausnahmebereich nicht angemessen. Denn auch hier kann, wie im SGV, im Unterschreiten ein Anzeichen für ruinösen Wettbewerb vorliegen, der gerade vermieden werden soll. Die Preisempfehlung ist in diesem Fall nicht zweckwidrig, sondern kann ihren Zweck, die Marktstabilisierung, nur nicht erreichen; sie verfehlt ihn. Darin kann aber kein Mißbrauch gesehen werden. Denn daß trotz der Empfehlungen ruinöse Tendenzen bestehen, ist eher ein Zeichen dafür, daß die Wettbewerbsbeschränkung durch eine Empfehlung zu schwach ist ⁴⁾.

1) Höfer, S. 141

2) R. Schmitt, S. 120

3) R. Schmitt, S. 56

4) Natürlich kann die Ursache eines "ruinösen" Wettbewerbs auch darin liegen, daß über das Ausscheiden schwächerer Wettbewerber ein notwendiger Kapazitätsabbau erfolgt, der Zeichen eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist. Wie in Kapitel 1 Ziff. 5 gezeigt, muß für eine Beurteilung ein Markttest durchgeführt werden.

Somit kann eine Empfehlung bei niedriger Schadenquote als mißbräuchlich nicht qualifiziert werden, bevor die genauen Umstände des Einzelfalles, wie allgemein aus guten Gründen gefordert ¹⁾, berücksichtigt sind. Zu diesen Umständen zählen insbesondere die jeweilige Marktkonstellation und die Wettbewerbsverhältnisse. Zu einem ähnlichen Aufbau der Mißbrauchsprüfung kommt R. Schmitt. Er sieht eine "Sinn und Zweck der Freistellung entgegenstehende Empfehlung... meist nur dann vorliegen,..., wenn diese einerseits aus versicherungstechnischen Gründen nicht notwendig ist und andererseits zu einer extrem hohen Wettbewerbsbeschränkung in einem Versicherungszweig geführt hat" ²⁾. Denn angesichts der relativ schwachen Wettbewerbsbeschränkung durch unverbindliche Empfehlungen müsse das tatsächliche Ausmaß der erzielten Wirkung durch Bewertung der Marktlage ermittelt werden ³⁾.

c) Weitere Konkretisierung der Mißbrauchskriterien ist erforderlich

Für die Mißbrauchsaufsicht über die Sammelgutentgelte ist somit eine mehrstufige Prüffolge angebracht: Zunächst besteht nur ein Hinweis auf einen möglichen Mißbrauch, wenn bestimmte Anzeichen, wie erheblich niedrigere Marktpreise als Empfehlungspreise, gegeben sind. Dann ist zu prüfen, ob die Empfehlungspreise an der jeweiligen Marktsituation gemessen wirklich überhöht sind. Schließlich müssen die Interessen der Marktgegenseite verletzt sein und muß durch Interessenabwägung festgestellt werden, daß sie im konkreten Einzelfall schützenswerter als die der Empfehlungsempfänger sind.

Unbefriedigend am bisherigen Ergebnis bleibt die quantitative und qualitative Unbestimmtheit der erforderlichen Interessenabwägung als Folge des Umstands, daß die Mißbrauchskriterien zu den Markenwarenempfehlungen keine entscheidende Rolle spielen können. Es ist deshalb angebracht, weitere Mißbrauchskonzepte daraufhin zu untersuchen, ob sie für die BSKE anwendbar sind.

-
- 1) z.B. BGH WuW/E 1269, "Schiffahrtskonferenz"
2) R. Schmitt, S. 122
3) R. Schmitt, S. 122

4. Anwendbarkeit anderer Mißbrauchskonzepte

a) Das Als-Ob-Konzept

aa) Derzeitiger Anwendungsbereich

Das sog. Als-Ob-Konzept hatte als Leitbild in der kartellamtlichen Praxis und der Rechtsprechung weite Verbreitung gefunden. Es ist mit der 4. Kartellnovelle von 1980 für die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen (§ 22 Abs.4 Satz 2 Nr.2) und über die Versorgungswirtschaft (§ 103 Abs.5 Satz 2 Nr.1) in einer besonderen, verhaltensorientierten Variante verankert worden. Dabei bleibt allerdings Sinn und Zweck der Freistellung die oberste Richtschnur der Mißbrauchsaufsicht im Ausnahmebereich (§ 103 Abs.5 Satz 1), nach der sich auch die Gewichtung eines nach dem Als-Ob-Konzept gefundenen Mißbrauchs richtet.

Diese Variante des Als-Ob-Wettbewerbs hält ein Unternehmensverhalten für mißbräuchlich, wenn es den Grundsätzen zuwiderläuft, die für das Marktverhalten von Unternehmen bei wirksamem Wettbewerb bestimmend sind. Um diese Fiktion fundieren zu können, wird gerne das sog. Vergleichsmarktkonzept ¹⁾ zur Unterstützung herangezogen. Dies ist auch in den genannten Tatbeständen nach der 4. GWB-Novelle der Fall ²⁾.

Im Schrifttum ist dieses Konzept nach wie vor sehr umstritten ³⁾. Denn als gewünschtes, ideales Wettbewerbsverhalten kann es letztlich kaum praktikabel bestimmt werden ⁴⁾. Hoppmann lehnt grundsätzlich eine modellmäßige, und insbesondere fiktive Simulation von Wettbewerbsprozessen ab ⁵⁾. Am Als-Ob-Konzept wurde u.a. die Fixierung auf das Marktergebnis "Preis" kritisiert, dessen Feststellung den Bereich der Rechtsaufsicht übersteige und wirtschaftslenkend wirke ⁶⁾. Die Orientierung

¹⁾ Dieses Konzept wird im folgenden Absatz b näher erläutert.

²⁾ Salje hält das Vergleichsmarktkonzept nur für ein sog. Funktionalkriterium, das kein selbständiges Leitbild sei und nur der Konkretisierung eines wettbewerbspolitischen Leitbildes diene. Nach Klaue II, S. 120 ist das übergeordnete Als-Ob-Konzept bei der Mißbrauchsaufsicht über Versorgungsunternehmen in ein echtes Vergleichsmarktkonzept hineingewachsen.

³⁾ Auch nach der Novellierung von 1980 noch z.B. Gwinner, S.204

⁴⁾ u.a. Börner, S. 57, der auch eine theoretische Bestimmbarkeit eines fiktiven Wettbewerbs für unmöglich hält.

⁵⁾ Hoppmann III, S. 6

⁶⁾ Baur, S. 50; Hoppmann III, S. 15

am Marktverhalten in den neugefaßten §§ 22, 103 versucht allerdings dem entgegenzuwirken ¹⁾. Damit soll ein Mißbrauch auch festgestellt werden können, wenn der Vorwurf überhöhter Preise nicht nachgewiesen werden kann, das betroffene Unternehmen aber ein Verhalten zeigt, das bei bestehendem Wettbewerb nicht möglich wäre. Dies beinhaltet die Festlegung wettbewerbsgemäßer, betriebswirtschaftlicher Kriterien. Daran wurde vor ²⁾ und nach der 4. GWB-Novelle ³⁾ starke Kritik geäußert.

- bb) Der Anwendungsbereich läßt sich auf die Sammelgutempfehlungen nicht ausweiten

Auch das verhaltensorientierte Als-Ob-Konzept kann nicht zu einer Konkretisierung der Mißbrauchskriterien über die BSKE beitragen, deren Gegenstand primär die Empfehlungen sind. Der Rückgriff auf das Verhalten der Sammelgutspediteure ist erst zur Bestimmung der Wettbewerbsverhältnisse und einer evtl. ruinösen Konkurrenz möglich. An das Empfehlungsverhalten des BSL kann aber schwerlich der Verhaltensmaßstab des wirksamen Wettbewerbs angelegt werden, weil die typisierten unternehmerischen Verhaltensweisen - ein wesentliches Abweichen davon kann als Mißbrauch angesehen werden ⁴⁾ - auf eine Unternehmensvereinigung nicht angewendet werden können.

Auch zur Bestimmung eines überhöhten Empfehlungsniveaus im Ausnahmebereich ist das Konzept aber untauglich. Schon der Ansatz ist fraglich, ein fiktives Wettbewerbsverhalten zur Richtschnur auch für das freigestellte Verhalten zu machen. Denn die Freistellung ist ja nur deshalb erfolgt, weil die auf Grund eines freien Wettbewerbsverhaltens erwarteten, als unerwünscht angesehenen, Konsequenzen, wie z.B. ungenügende Markttransparenz oder ruinöser Wettbewerb, vermieden oder abgeschwächt werden sollen. ⁵⁾ Daneben spricht gegen die Anwen-

¹⁾ Dieses Konzept geht auf Klaue zurück, s. Klaue II, S. 118, 129

²⁾ Kuhnt, S. 95 ff

³⁾ Gwinner, S. 236

⁴⁾ Klaue II, S. 129

⁵⁾ Auch für die Versicherungswirtschaft, Böge, S. 104, und für Urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften nach § 102a, Reinbothe, S. 118 f sowie für die Versorgungswirtschaft, u.a. Fikentscher V S. 41 ff, ist das Als-Ob-Konzept als wenig praktikabel angesehen worden.

dung des Als-Ob-Konzepts, daß es auf marktbeherrschende Unternehmen und Monopole zugeschnitten ist und für die Wettbewerbsverhältnisse in einem Polypol, wie dem Sammelgutmarkt mit ca. 3.000 Spediteuren nicht geeignet ist.

b) Vergleichsmarktkonzept
- - - - -

Das in der Kartellamtspraxis und Rechtsprechung auch vom BGH meist angewandte sog. "Vergleichsmarktkonzept" ¹⁾ wird zwar häufig in Verbindung mit dem hier abzulehnenden Als-Ob-Konzept gesehen, ist aber dennoch weitgehend neutral hinsichtlich einer wettbewerbspolitischen Grundkonzeption. Das Konzept beruht darauf, das Marktverhalten oder sogar nur das Marktergebnis "Preis" eines Vergleichsmarktes für den Markt eines z.B. marktbeherrschenden Unternehmens unter Berücksichtigung eines gewissen Sicherheitsintervalls zugrunde zu legen. Üblicherweise wird in einen sachlichen, räumlichen oder zeitlichen Vergleichsmarkt unterschieden.

Ein sachlicher Vergleichsmarkt kann für die horizontalen Empfehlungen des Spitzenverbandes einer Branche begrifflich nicht existieren. Die Bahn-Stückguttarife weisen eine zu unterschiedliche Kostenstruktur auf und sind ohnehin nicht kostendeckend und somit für einen Vergleich ungeeignet.

Auch ein räumlicher Vergleich zwischen dem Preisniveau im SGV unter verschiedenen westeuropäischen Ländern ist nicht möglich. Denn im Verkehr sind die Unterschiede im Kleingüterverkehr der Länder so stark ausgeprägt, daß kein Preisvergleich denkbar ist. Wie in Kapitel 1 gezeigt, verdankt der Deutsche SGV auf der Straße seine Existenz besonders der erzwungenen Tarifgleichheit von Lkw und Bahn und der daraus folgenden Ausnutzung der günstigeren Wagenladungstarife gegenüber DEGT- und RKT-Stückguttarifen. In anderen europäischen Ländern fehlt die Kontingentierung und insbesondere die Kontrolle über die verbindlichen Tarife, auch soweit sie staatlich festgesetzt sind. Selbst ein räumlicher Vergleich des Straßengüterfernverkehrs, der unter den einzelnen europäischen Ländern leichter möglich wäre, krankt noch zusätzlich an den verzerrten Wettbewerbsbe-

1) BGH-Beschluß vom 12.2.1980, "Valium II", WuW/E 1682 f

dingungen, wie z.B. den stark unterschiedlichen steuerlichen Belastungen.

Auch ein zeitlicher Vergleich, der sich z.B. zwischen dem Preisniveau von 1975 bei Geltung der verbindlichen Kundensatzuntergrenze und dem Empfehlungsniveau seitdem anbieten würde, könnte nur ein Indiz bedeuten. Diese sog. "Sockeltheorie" wurde vom BKartA 1973/74 z.Zt. der ersten Ölpreissteigerungswelle gegenüber den Benzinpreiserhöhungen eingesetzt ¹⁾. Gegen die Sockeltheorie wurde insbesondere vorgebracht, daß bestehende Ertrags- und Kostenrelationen durch sie festgeschrieben werden könnten und dies dem Sinn des Wettbewerbs, der zur dynamischen Veränderung dieser Relationen beitragen soll, nicht entsprechen würde ²⁾. Andererseits hat die Sockeltheorie den großen Vorteil, für einen kurzen Beobachtungszeitraum Aussagen darüber zu machen, ob Preiserhöhungen kosten- oder machtbedingt sind. Dabei wäre selbstverständlich zu berücksichtigen, ob auch das frühere Preisniveau kostendeckend war oder ob ein deutlicher Preiserhöhungsbedarf bestanden hatte.

Das Preisniveau der BSKE hat sich in den letzten Jahren zwar kontinuierlich, aber dennoch höchstens im Rahmen der Tarifierhöhungen im Straßengüterfernverkehr bewegt. Auch der deutliche Anstieg der empfohlenen Richtsätze gegenüber den festgesetzten Richtsätzen im Jahre 1975 konnte nicht als mißbräuchlich gerügt werden. Die Sockeltheorie könnte höchstens einmal zum Tragen kommen, falls nach Einstellung des Stückgutverkehrs die Höhe der empfohlenen Sammelgutentgelte machtbedingt stark steigen sollte.

c) Gewinnbegrenzungs- und Kostenkontrollkonzept

Auch dieses Konzept wurde zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen entwickelt und gipfelt darin, daß der Gewinn des marktbeherrschenden Unternehmens eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht überschreiten soll ³⁾. Damit sollen die Probleme einer unmittelbaren Preis-

¹⁾ BKartA TB 1974, BTDrs. 7/3791, S. 14

²⁾ Möschel, S. 756; Börner, S. 63; Baum, S. 89 f

³⁾ Knöpfle I, S. 866, der dieses Konzept vorgestellt hat.

kontrolle vermieden werden ¹⁾. Knöpfe zeigt bereits eine Reihe von schwierigen Ermittlungs- und Abgrenzungsproblemen auf, die letztlich schon wirtschaftslenkende Züge tragen ²⁾.

Dieser Ansatz baut entscheidend auf einer Analyse der Kosten auf, die grundsätzlich zur Begründung eines Preismißbrauchs unvermeidbar ist ³⁾. Auch bei der Kostenanalyse gibt es große Schwierigkeiten, da ein großer Teil der Kosten von der individuellen Bewertung durch das Unternehmen abhängig ist ⁴⁾, wie z.B. Sonderabschreibungen oder Rückstellungen.

Insbesondere der Versuch, überhöhte, einen versteckten Gewinn enthaltende, Kosten auf ihre notwendige Höhe zu reduzieren ⁵⁾, greift in wichtige unternehmerische Ermessensspielräume ein. Ob dies für marktbeherrschende Unternehmen einen zulässigen Maßstab abgibt, mag dahingestellt bleiben. Für die BSKE, die einen wichtigen Liberalisierungsschritt darstellen, wäre ein so schweres Geschütz, wie die Parallele zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen mit dem sehr dirigistisch anmutenden Kostenkontrollkonzept, verfehlt. Diese Parallele würde auch der Empfehlung als bloße Anstiftung zu einem, im Polypol ohnehin wenig ausgeprägten, gleichförmigen Verhalten nicht gerecht.

Im SGV bestünde die zusätzliche Schwierigkeit, das Niveau der Empfehlungspreise an den Kosten einzelner - repräsentativer (nach welchen Maßstäben?) - Unternehmen zu messen. Liegen die Marktpreise deutlich unter den Empfehlungspreisen, müßte der Gewinn zusätzlich aus den Marktpreisen ermittelt werden, die meist keineswegs einheitlich sind. Dies zeigt, daß eine direkte Anwendbarkeit des Konzeptes überhöhter Gewinne oder zu hoch angesetzter Kosten überhaupt erst in Frage kommen könnte, falls ein weitgehend gleichförmiges, in der Nähe der Empfehlungspreise liegendes Entgeltniveau im SGV durchgesetzt werden könnte.

1) Hoffmann, S. 339

2) Salje, S. 91 sieht ebenso wie andere Autoren hinter diesem Ansatz letztlich planwirtschaftliche Elemente.

3) Hoffmann, S. 338; Salje, S. 92

4) Hoffmann, S. 337

5) Knöpfe I, S. 864; Knöpfe II, S. 1608, wo nur die "wirklichen" Kosten berücksichtigt, die "künstlichen" aber als Gewinn angesehen werden.

Die Kosten und Gewinne können aber bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im SGV eine Rolle spielen, die im Rahmen der in Ziff. 3c dieses Kapitels entwickelten Mißbrauchsprüfung in 4 Schritten erforderlich ist und in Ziff. 5 näher erläutert wird.

5. Die Ableitung des Mißbrauchsmaßstabes für die Empfehlung der
Sammelgutentgelte

a) Prüffolge in 4 Schritten

Die allgemeinen Mißbrauchskriterien aus Ziff. 4 geben keine entscheidenden Hinweise für eine nähere Konkretisierung der Mißbrauchsaufsicht über die BSKE, so daß auf der in Ziff. 3c entwickelten Prüffolge im folgenden aufgebaut wird.

Ein allgemeingültiges, einfach handzuhabendes Kriterium, wie z.B. eine erhebliche Unterschreitung der Empfehlungspreise durch die Marktpreise, ist nicht hinreichend und stellt nur einen ersten Anhaltspunkt für einen Mißbrauch dar. Um der spezifischen Situation im Ausnahmebereich gerecht zu werden, müssen noch die Wettbewerbsverhältnisse untersucht werden, ohne daß daraus bereits Konsequenzen gezogen werden könnten. Wesentlich ist im 3. Schritt dann, daß sich die Empfehlungen in einer Weise auswirken, die die Interessen der Verladere verletzt. Diese Interessen müssen im 4. Schritt schließlich mit denen der Sammelgutspediteure abgewogen werden.

b) Anhaltspunkte für einen Mißbrauch

aa) Erhebliche Unterschreitung der Empfehlungspreise durch die
Marktpreise

Ein erstes Indiz für ein übermäßiges und unangemessenes Niveau der Empfehlungspreise können die Kriterien für Markenwarenempfehlungen bilden. § 38a Abs.3 Ziff.1 untersagt die Verteuerung oder die Verhinderung eines Sinkens der Preise, soweit dies nicht durch die gesamtwirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt ist. Dieses empirisch schwer überprüfbare Kriterium wird durch Ziff.3 als lex specialis ergänzt, wonach ein Empfehlungspreis mißbräuchlich ist, wenn er den Marktpreis in

einer Mehrzahl von Fällen erheblich übersteigt. Unter der "Mehrzahl von Fällen" ist eine größere Anzahl zu verstehen, die durch ca. 20 % der unterbietenden Anbieter mit einem entsprechenden Geschäftsvolumen gebildet wird ¹⁾. Eine erhebliche Unterschreitung der Empfehlungspreise durch die Marktpreise liegt etwa bei einer Differenz von ca. 10-20 % i.d.R. vor. Die genaue Höhe hängt u.a. von der Größe der Handels-spanne ab. Diese Spanne kann im SGV mit ca. 50-60 % angesetzt werden, d.h. dies ist die Differenz zwischen Einkaufspreis (Wagenladungstarife von Lkw oder Bahn) und Verkaufspreis. Dazu kommen noch die in Ziff. 2a dieses Kapitels erläuterten faktischen Unterschiede zwischen den BSKE und Markenwarenempfehlungen, die zu größeren "natürlichen" Preisunterschieden führen. Somit ist die vom BKartA genannte Grenze von max. 20 % nicht ausreichend, von der ab ein Vertreter des BKartA im Jahre 1975 die Preisdifferenzen für mißbräuchlich gehalten hatte. Eher dürfte diese Grenze bei mindestens 30 % liegen. Auch bei Abweichungen von mehr als ca. 30 % ist noch nicht die Grenze erreicht, von der ab ein Mißbrauch vorliegt, sondern es besteht nur ein erster Anhaltspunkt dafür. Ein sog. "Mondpreis" liegt erst vor, wenn er bewußt so hoch angesetzt wird, daß er noch den leistungsschwächsten Unternehmen unangemessen hohe Gewinne ermöglicht ²⁾. Während der Mißbrauch bei Markenwarenempfehlungen in der fehlenden Marktgerechtigkeit von Mondpreisen begründet ist, sind im Ausnahmebereich noch die Wettbewerbsverhältnisse zu untersuchen und ist anschließend noch eine Interessenabwägung vorzunehmen.

bb) Täuschung der Verlater

Die Empfehlungspreise dürfen nach § 38a Abs.3 Ziff.2 nicht geeignet sein, die Verbraucher über den von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger geforderten Preis zu täuschen. Da die Verlater i.d.R. durch ihre kaufmännische Betriebsführung und nicht zuletzt durch ihre Verbände im Vergleich zu Verbrauchern deutlich besser informiert sein dürften, sind die Voraussetzungen für eine Täuschung durch überhöhte Empfehlungspreise ohnehin erschwert. Somit ist die Wahrscheinlichkeit, daß eine

1) Immenga/Mestmäcker, Sauter, Anm. 98 zu § 38a; Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 52 zu § 38a (3. Aufl.); BKartA WuW/E 1558

2) Batzer/Greipl/Singer, S. 51

Täuschung über den von der Mehrheit geforderten Marktpreis verbreitet im Markt erfolgt, nur gering zu veranschlagen. Denn das tatsächliche Marktpreisniveau wird weitaus rascher unter den Verladern als unter Verbrauchern bekannt und verwehrt somit schnell Täuschungsmöglichkeiten für die BSKE.

cc) Diskriminierung von Verladergruppen

Einen weiteren Anhaltspunkt würde ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellen. Es kann zwar nicht aus § 38a Abs.3 Ziff.4 abgeleitet werden, da dort nur der diskriminierende Ausschluß eines Händlers vom Vertrieb behandelt wird. Jedoch dürfen nach § 26 Abs.2 Satz 1 Vereinigungen von Unternehmen, die u.a. durch den Ausnahmebereich von § 99 Abs.2 privilegiert sind, andere Unternehmen "weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln".

Eine Diskriminierung könnte darin gesehen werden, daß die Empfehlungspreise nur gegenüber Unfrei-Empfängern zum Tragen kommen, die mangels eigener vertraglicher Beziehungen zum Spediteur keine Möglichkeit für Preisverhandlungen haben. Die Vorwürfe der 5 Verladerverbände ¹⁾ gehen auch dahin, daß somit eine faktische Diskriminierung vorläge.

Dieser Vorwurf ist jedoch verfehlt, da die hohen Empfehlungspreise weder mittelbar noch unmittelbar auf eine Ungleichbehandlung abzielen und die Entscheidung, ob eine Ware "frei" oder "unfrei" zu befördern ist, beim auftraggebenden Verladern liegt und nicht beim Spediteur. Da eine Unfrei-Beförderung einen Kredit gegenüber dem Empfänger und eine aufwendigere Abwicklung mit Sofortinkasso bedeutet ²⁾, gibt es eine Reihe von sachlichen Gründen für eine faktisch unterschiedliche Preisgestaltung. Somit dürfte i.d.R. keine mittelbare Diskriminierung durch die BSKE vorliegen.

1) z.B. Stellungnahme vom 4.2.1980, S. 4

2) Bönisch, S. 164 f

Das individuelle Verhalten der einzelnen Spediteure ist ohne zusätzliche Abstimmungen oder Vereinbarungen mit anderen Spediteuren nicht vom Diskriminierungsverbot für Unternehmensvereinigungen nach § 26 Abs.2 Satz 2 erfaßt ¹⁾. Durch das bloße Preisempfehlungsrecht werden die einzelnen Spediteure auch nicht mittelbar vom Diskriminierungsverbot erfaßt, das nach § 26 Abs.2 Satz 1 für preisbindende Unternehmen gilt. Denn das Diskriminierungsverbot für Preisbindungen kann wegen des strafrechtlichen Analogieverbotes nicht auf Preisempfehlungen übertragen werden ²⁾. In der Preisempfehlung durch den BSL kann auch nicht bereits ein Anhaltspunkt für eine marktbeherrschende Stellung der Empfehlungsempfänger gesehen werden, so daß das Diskriminierungsverbot auch aus diesem Grunde ausscheidet ³⁾.

dd) Mißbrauchsvorwürfe in den Stellungnahmen der Verladerverbände

Als weiterer Anhaltspunkt hat wegen des Anhörungsrechts der Verladerverbände nach § 99 Abs.3 Satz 3 auch ein ausdrücklicher Mißbrauchsvorwurf in den Stellungnahmen dieser Verbände zu den Änderungen der BSKE zu gelten.

ee) Tatbestände des UWG

Die Anwendungsbereiche des GWB und des UWG lassen sich zwar mit einem groben Maßstab allein von der Bezeichnung der Gesetze her leicht abgrenzen. Zum einen sollen Beschränkungen der wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten von Anbietern und Nachfragern verhindert werden, zum anderen werden einzelne unlautere Wettbewerbshandlungen verboten, wie z.B. ein Verstoß gegen die guten Sitten im Rahmen der Generalklausel des § 1 UWG.

Beide Bereiche sind inzwischen aber eng miteinander verflochten. Sowohl GWB als auch UWG dienen dem Individualschutz (der einzelnen Wettbewerber sowie der Verbraucher) als auch bestimmten Interessen der Allgemeinheit, wobei hier der Schwerpunkt des GWB auf dem Schutz der "allgemeinen Wettbewerbsfreiheit" ("Wettbewerb an sich") liegt ⁴⁾.

¹⁾ Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 24 zu § 26 (4. Aufl.)

²⁾ Gemeinschaftskommentar, Benisch, Anm. 19 zu § 26 (4. Aufl.) wegen der Ordnungswidrigkeit gem. § 38 I Nr.8

³⁾ Müller/Giessler, Anm. 49 zu § 26

⁴⁾ u.a. v. Gamm, S. 2489

Z.B. stellt der Zweck von Wettbewerbsregeln nach den §§ 28 ff GWB eine besondere Nahtstelle von GWB und UWG dar ¹⁾. Diese Regeln können dazu beitragen, einem unlauteren Verhalten im Wettbewerb entgegen zu wirken.

Die Beurteilung von Empfehlungen wie den BSKE als Anstiftungshandlung zu gleichförmigem Verhalten obliegt dieser Systematik entsprechend den bereits genannten Mißbrauchsmaßstäben des GWB, während das UWG primär darauf abstellt, daß die Unternehmen selbst unlautere Wettbewerbshandlungen vornehmen. Wenn die BSKE so ausgestaltet sind, daß sie unlautere Handlungen der Sammelgutspediteure erleichtern oder provozieren, erscheint die Prüfung angebracht, ob ein Mißbrauch des Empfehlungsrechts bestehen könnte.

Dies käme in Frage, wenn die BSKE z.B. mit dem Werbeargument "35 % unter BSL-Empfehlungen" als Basis für eine irreführende Werbung verwandt würden. Mit solch einer Werbung würde eine besonders günstige Leistungserstellung vorgetäuscht werden können, falls die BSKE bewußt so hoch angesetzt worden wären, um deutliche Unterbietungen zu ermöglichen. Dieser Sachverhalt wäre aber nicht nur nach dem UWG ²⁾, sondern auch nach dem GWB (s. o. unter aa) dieser Ziffer) unzulässig.

Weitere unlautere Handlungen, die in Zusammenhang mit den BSKE stehen, sind natürlich denkbar. Z.B. gibt im Fall einer Preislistentäuschung ein Spediteur vor, nur eine Preisliste anzuwenden. In Wahrheit bietet er aber einem Teil seiner Verladere die BSKE an und einem anderen Teil seinen eigenen Haustarif. Die Irreführung über die Zahl der verwendeten Preislisten ist unlauter ³⁾. In diesem Beispiel dürfte es aber schwerfallen, ein Anzeichen für eine mißbräuchliche Preisempfehlung des BSL zu sehen.

Im Ergebnis ist es auch im Falle von unlauteren Handlungen einzelner Spediteure durchaus sinnvoll zu prüfen, ob diese Handlungen durch unangemessene Sammelgutempfehlungen hervorgerufen wurden.

1) Fikentscher VI, S. 145 f

2) Baumbach-Hefermehl, Anm. 290 zu § 3 UWG; damit wäre auch ein Unterlassungsanspruch der Mitbewerber und der Verladerverbände gegeben, Baumbach-Hefermehl, Anm. 401 zu § 3

3) § 3 UWG und Baumbach-Hefermehl, Anm. 299 zu § 3 UWG

ff) Sonstige Anhaltspunkte

Natürlich kann es im Einzelfall noch weitere Mißbrauchsmöglichkeiten geben, z.B. im Zuge einer evtl. engeren Kooperation zwischen Bundesbahn und den Sammelgutspediteuren. Auch könnte der BGL z.B. ergänzende Preisberechnungsmethoden empfehlen, um z.B. über Treuerabatte eine stärkere Bindung einzelner Verlader an die Sammelgutspediteure zu erreichen. Derzeit sind jedoch keine derartigen Konstellationen in Sicht.

c) Prüfung der Wettbewerbsverhältnisse

aa) Beurteilung auf Grund von Markttests

Die bisherige Entwicklung im SGV zeigt, daß der Verdacht mißbräuchlicher überhöhter Preisempfehlungen am ehesten auf Grund der bemerkenswerten Spannen in der Praxis zwischen den Empfehlungs- und Marktpreisen aufkommen könnte. Auf eine solche Situation beziehen sich die folgenden Ausführungen, die beispielhaft für vergleichbare Überlegungen auch im Falle von weiteren Anhaltspunkten für einen Mißbrauch gelten sollen.

Das BKartA hätte zu prüfen, ob der Anhaltspunkt auf einen besonders harten Wettbewerb hindeutet, der z.B. zu einer besonders hohen Anzahl von erzwungenen Marktaustritten führt. Denn daraus wäre zu schliessen, daß die Empfehlungen nicht zu einem überhöhten Preisniveau geführt haben.

Ginge es andererseits der Branche auffallend gut, könnte darin ein Anzeichen für deutlich überhöhte Empfehlungspreise gesehen werden, die auch noch bei erheblichen Unterschreitungen auf breiter Ebene Preise ermöglichen, die ohne Empfehlung kaum durchsetzbar wären. Dies konnte und kann für den SGV nach übereinstimmender Ansicht, auch der Verladerverbände, bisher ausgeschlossen werden.

Die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse ist auch mit Markttests nicht einfach, bevor nicht klare, quantitativ erfassbare Entscheidungskriterien zum Vorliegen ruinöser Wettbewerbsprozeße festgelegt werden. Aus den von v. Stackelberg genannten Kriterien ¹⁾ für die Beurteilung ruinösen Wettbe-

1) v. Stackelberg, S. 195

werbs, erscheinen folgende Kriterien geeignet:

- Tatsächliche Preis- und Kostenentwicklung
- Kapazitätsauslastung und -entwicklung
- Kosten- und Preisunterschiede zwischen verschiedenen Anbietern
- Marktzugangs- und -austrittsmöglichkeiten und deren tatsächliche Häufigkeit
- Liquiditätsstatus und die bei v. Stackelberg nicht genannte Zahl der Insolvenzen.

bb) Kostenmaßstab

Von den Beurteilungskriterien hat die Kosten-Erlös-Situation eine besondere Bedeutung. Dies zeigt sich bereits bei der Definition der ruinösen Konkurrenz als Unterdeckung der Kosten für einen längeren Zeitraum. Der Grad der Kostendeckung hat somit entscheidenden Einfluß auf die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse.

Allerdings ist eine Kostenanalyse nicht zwingend geboten, wenn die anderen Kriterien einen hinreichenden Aufschluß gewähren können. Denn eine Kosten-Erlös-Untersuchung ist im SGV deswegen sehr schwierig, weil der SGV i.d.R. in Kuppelproduktion mit Güterfernverkehrsleistungen erstellt wird ¹⁾ und die schwankende Auslastung der Kapazitäten einen besonderen Einfluß auf die Erlöse hat. Hinzu kommt, daß die Auswahl einer repräsentativen Kostenstruktur erforderlich wäre. Da der BSL seine Empfehlungspreise u.a. auch auf repräsentative Kostenuntersuchungen stützt ²⁾, dürfte hier eine gewisse Grundlage vorhanden sein.

Auch in der Verkehrswissenschaft wurde die Entwicklung von kostenorientierten Tarifen mit vergrößerter Marge als Liberalisierungselement zur Abkoppelung vom DEGT und der Werttari-

1) Baum, S. 93, sieht unüberwindliche Schwierigkeiten der Kostenberechnung im Falle einer Kuppelproduktion. Kuppelproduktion liegt im SGV vor, wenn ein Sammelgut-Lkw im Rücklauf für den Güterfernverkehr eingesetzt wird oder der SGV-Nachlauf mit Güternahverkehr kombiniert wird.

2) Bönisch, S. 73 f

fierung gefordert ¹⁾. Tatsächlich bauen die Referenztarife auf Kostenuntersuchungen auf, die seit März 1980 im bis dahin tariffreien Verkehr zwischen den 6 alten und den 3 später (inzwischen 4) beigetretenen Mitgliedsstaaten der EWG gelten ²⁾.

Anstelle einer Analyse der Kosten-Erlös-Situation in absoluten Zahlen könnte auch eine Indexbetrachtung der relativen Entwicklung maßgeblicher Kostengrößen unterstützend herangezogen werden. Einerseits wären die Beförderungskosten in Haupt- (Güterfernverkehr mit administrierten Tarifen) und Nachlauf und andererseits insbesondere die Personalkosten zu beobachten. Dieser Ansatz würde sich allerdings sehr an die sog. Sockeltheorie anlehnen, die stark kritisiert wird, falls sie u.a. eine Kostenfortschreibung mit Kostendeckungsgarantie gegenüber den Unternehmen ermöglicht. Dies würde aber nicht dem Sinn und Zweck des funktionsfähigen Wettbewerbs entsprechen.

In den Begleitschreiben des BSL an seine Mitgliedsverbände werden im Zuge der Erhöhungen der Sammelgutentgelte regelmäßig vergleichbare, stärker gestiegene Indices als Argumente aufgeführt, um die Erhöhungen im Markt besser durchsetzen zu können.

Im Ergebnis sind in allen Ansätzen eine Reihe von Annahmen über die Kostenverläufe und Erlösbestandteile enthalten, die noch einen zusätzlichen Sicherheitsspielraum zugunsten der betroffenen Unternehmen erfordern. Dies hat sich auch bei der bisherigen Rechtsprechung zur Preisüberwachung gezeigt. Ein Urteil über die tatsächliche Kostendeckungssituation, das die Grundlage für eine noch zu prüfende Beeinträchtigung der Verlagerer und die anschließende Interessenabwägung bilden könnte, ist auf dieser Basis nur schwer möglich.

d) Verletzung von Verlagererinteressen

Im wesentlichen lassen sich 3 Konstellationen einer Verletzung der Verlagererinteressen denken:

¹⁾ Ewers, S. 225 f; die Kostenorientierung von Referenztarifen erläuterte im europäischen Raum bereits Sandhäger, S. 23; Hamm I, S. 217 ff, wobei sich die Höchstpreise an den vollen Selbstkosten zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des Eigenkapitals orientieren und die Mindestpreise deutlich über den variablen Kosten liegen sollten.

²⁾ Dazu finden sich nähere Untersuchungen in Willeke/Baum/Hoener, S. 174 ff

- Ein weitgehend gleichförmiges Verhalten der Sammelgutspediteure auf der Basis eines überhöhten, ausbeuterischen Preisniveaus.
- So starke, nicht ruinöse, Abweichungen von Empfehlungs- und Marktpreisen, daß die auch aus Gründen einer besseren Markttransparenz (u.a. neben dem Hauptzweck der Sicherung eines funktionsfähigen Wettbewerbs) freigestellten Preisempfehlungen eine Marktübersicht erschweren.
- Trotz undifferenzierter Empfehlungen starke, diskriminierend wirkende Preisunterschiede in der Praxis zwischen verschiedenen Typen von Versendungen - wie z.B. Frei- oder Unfreiversendungen - oder zwischen verschiedenen Verladergruppen.

Derzeit liegt keine dieser Konstellationen vor. Eine Reihe von strukturellen Gründen sprechen auch dagegen, daß die Interessen der Verlader an einem preisgünstigen, einsatzfähigen SGV mit ausreichender Kapazität durch die BSKE in nennenswertem Ausmaß beeinträchtigt werden können:

- Der Vielzahl von ca. 3.000 Anbietern im SGV stehen die Verlader zumeist als Kaufleute gegenüber, die zu einem Teil zwar nur ein geringes Verkehrsaufkommen zu bewältigen haben, zu einem anderen Teil (z.B. größere Handelsunternehmungen, Produktionsunternehmungen mit großem Anteil von Kleingutsendungen) auch Verlader mit einer beträchtlichen Nachfragemacht darstellen können. Es handelt sich somit um polypolistische, bzw. polypsonistische Angebots- und Nachfragestrukturen ¹⁾. Verbraucherschutzgesichtspunkte scheiden weitestgehend aus. Dazu kommt, daß neben dem intrasektoralen Wettbewerb im SGV noch der Wettbewerb zum Stückgutverkehr der Bundesbahn und auf einigen Gebieten zum RKT-Stückgutverkehr besteht und außerdem die Verlader die Möglichkeit des Werkverkehrs haben.
- Zahlreiche Verlader stehen auch im eigentlichen Güterfernverkehr in enger Geschäftsbeziehung mit einem Sammelgutspediteur. Da es dort Tarife mit administrierten Margenuntergrenzen gibt, kann ein erheblicher Druck in Richtung auf Preiszugeständnisse auf die freien Preise im SGV ausgeübt

¹⁾ Out S. 13

werden, was sich faktisch als Mischkalkulation der Sammelguttarife mit denen im Güterfernverkehr auswirken kann.

- Die Verlader sind darüber hinaus zum größten Teil durch die 5 Verbände repräsentiert, die im Rahmen des § 99 Abs.2 Nr.5 anzuhören sind. Gegenempfehlungen dieser Verbände sind zwar nicht zulässig, da sie nicht von § 38 Abs.2 Nr.11 freigestellt sind. In der Praxis können sich aber auch z.B. Verbandsrundschriften im Rahmen des Rechtes auf freie Meinungsäußerung, das auch Verbänden zusteht, in ähnlicher Richtung auswirken. Die Spediteure haben es mit Kunden zu tun, die gewohnt sind, Preise zu vergleichen und auszuhandeln und die darüber hinaus noch Informationen durch ihre Verbände über das Preisniveau erhalten.

Im Ergebnis sind die Interessen der Verlader im Falle eines möglichen Mißbrauchs durch die Entgeltempfehlungen wegen des starken Wettbewerbs im SGV und der Informations- und Verhandlungsmöglichkeiten der Verlader nicht allzu stark zu beeinträchtigen. In der Praxis besteht gegenwärtig auch keine Unzufriedenheit mit den BSKE auf Seiten der Verlader. Aus Kreisen der Sammelgutspediteure und von Verbandsseite sowie z.B. seitens der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr, ist zu hören, daß der Wettbewerb im SGV außerordentlich hart und möglicherweise sogar bereits ruinös wäre.

e) Interessenabwägung

Je nach Art und Ausmaß des unter a) erörterten Anhaltspunktes und der tatsächlichen Beeinträchtigung von Verladerinteressen wird abzuwägen sein zwischen dem Schutzzweck der Freistellung und dem Schutzbedürfnis der Verlader vor unangemessenen Empfehlungen.

Wie schon gezeigt, können sich die Verlader bisher gut gegenüber den von ihnen gerügten Preisberechnungsmethoden (Preisspaltung in Haupt- und Zielplätze; gesonderte Berechnung der Hausfracht) und gegen die Höhe der Preisempfehlungen, soweit sie als nicht marktgerecht eingestuft werden, durchsetzen ¹⁾.

1) Dies geht aus den gemeinsamen Stellungnahmen im Ergebnis hervor, wonach der Markt zeige, daß die Empfehlungspreise nicht unerheblich über den Marktpreisen lägen, wenn die Frachtzahler auf die Vertragsgestaltung Einfluß nehmen könnten, z.B. Stellungnahme der 5 Verbände vom 4.2.1980, S. 4.

Somit besteht aus Gründen des Individualschutzes wenig Anlaß zum Eingreifen der Kartellbehörden.

Auch zum Schutz des "Wettbewerbs an sich" erscheint die Mißbrauchsaufsicht wenig dringlich. Denn im Gesamtzusammenhang der Verkehrswirtschaft stellt das Empfehlungsrecht im SGV bereits einen großen Liberalisierungsschritt dar. Auf der Basis der derzeitigen Wettbewerbsverhältnisse erscheint der Schutz vor ruinösem Wettbewerb bedeutsamer als die Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen, die im Wettbewerb ohnehin unterboten werden.

Außerdem sind die BSKE einer gewissen Selbstregulierung unterworfen, weil der BSL im eigenen Interesse die Gefahr vermeiden muß, daß die empfohlenen Preise im Markt ihre Orientierungsfunktion verlieren und als obsolet angesehen werden. Schon um dem eigenen Empfehlungsinstrument die Argumentationskraft im Preisgespräch zu erhalten, dürfen die BSKE der Marktentwicklung nicht zu weit voraneilen. Andererseits kann die z.B. in den gemeinsamen Stellungnahmen der Verladerverbände häufig gebrauchte Formel, wonach die Preisempfehlungen "marktmäßig gerechtfertigt" sein müssen, nicht so verstanden werden, daß sie die Preisentwicklung im Markt nur nachvollziehen oder nur in engen Grenzen überschreiten dürften. Denn diese Ansicht würde an die Parallele zur Mißbrauchsaufsicht über die Markenwarenpreisempfehlungen nach § 38a Abs.3 anknüpfen, was mit der Zielrichtung der Freistellung für Sammelgutempfehlungen aber nicht vereinbar wäre.

6. Maßnahmen der Kartellbehörden

a) Eingreifen ist Ermessensfrage

Wenn das BKartA einen Mißbrauch der Freistellung nach § 99 Abs.2 Nr.5 annimmt, liegt das Einschreiten in seinem pflichtgemäßen Ermessen. In der 4. Kartellnovelle wurde 1980 durch Ersatz der Ist- durch die Kann-Bestimmung klargestellt, daß keine Verpflichtung zum Einschreiten besteht ¹⁾. Für die Frage des "Ob und Wie" haben Grad und voraussichtliche Dauer der

1) Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm. 3 zu § 104 und Anm. 54 zu § 12

Beeinträchtigung vor allem von Verlagerungsinteressen eine besondere Bedeutung. Das GWB eröffnet in Verbindung mit dem allgemeinen Verwaltungsrecht ein abgestuftes Eingriffsinstrumentarium ¹⁾. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist selbstverständlich zu wahren ²⁾.

b) Auskunftsverlangen
- - - - -

Ein erstes Signal werden häufig bereits die Nachforschungen der Kartellbehörden im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung geben. Dafür bietet sich zunächst das informelle Auskunftsverlangen an, dem der BSL zwar nicht entsprechen muß ³⁾, das aber vor einem förmlichen Verfahren mit Auskunftsbeschuß nach § 46 Abs.6 und der Strafbestimmung nach § 39 Abs.1 im Falle einer unrichtigen oder vollständigen Auskunft, bzw. Vorlage der verlangten Unterlagen, bewahren kann.

c) Beweislast
- - - - -

Grundsätzlich trägt das Kartellamt im üblichen Officialverfahren die Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen von Eingriffsermächtigungen ⁴⁾. Markert spricht sich allerdings für die Zulässigkeit des Anscheinsbeweises aus, ebenso wie andere Autoren ⁵⁾, die dafür typische Geschehensabläufe als Erfahrungsgrundsätze vorsehen. Der Anscheinsbeweis kann jedoch entkräftet werden, wenn bereits nachgewiesen werden kann, daß der tatsächliche Geschehensablauf auch anders gewesen sein konnte, als es dem typischen Geschehensablauf entspricht ⁶⁾.

Z.B. könnte das BKartA im Falle von hohen Differenzen zwischen Empfehlungs- und Marktpreisen den zweiten Schritt der Mißbrauchsaufsicht, nämlich die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse, dadurch vereinfachen, daß es eine befriedigende Wettbewerbslage der Spediteure als typischen, mit großen Differenzen zwischen Empfehlungs- und Marktpreisen verbundenen Gesche-

1) Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm. 54 zu § 12

2) Immenga a.a.O., Anm. 55 zu § 12

3) Liefekett, S. 339

4) u.a. Immenga/Mestmäcker, Markert Anm. 296 zu § 26

5) Belke, S. 148; Ulmer, S. 31 ff

6) Belke, S. 148

hensablauf; qualifiziert. Der BSL könnte diesen Anscheinsbeweis dadurch widerlegen, daß er Tatsachen vorträgt, die auf ruinöse Tendenzen als ernstzunehmende Ursache der Unterschreitungen schliessen lassen.

Eine generelle Umkehr der Beweislast für Tatsachen, die im "Innenleben" eines Verbandes oder einer Branche auftreten ¹⁾, ist angesichts der weitreichenden Auskunft- u. Nachforschungsrechte, die sich auf die Verladerverbände erstrecken können, nach § 46 für das Officialverfahren nicht angebracht.

d) Abmahnung vor Eingriffsmaßnahmen

Bevor das BKartA in hoheitlicher Form Maßnahmen gegen einen Mißbrauch ergreift, soll zunächst die Abmahnung erfolgen, die das GWB in den §§ 17 Abs.2; 22 Abs.5 Satz 2; 38a Abs.5 ausdrücklich vorsieht ²⁾. Dies gilt auch für die Aufsicht über Preisempfehlungen ³⁾ und nach § 104 Abs.2 über das in § 99 Abs.2 Nr.5 freigestellte Empfehlungsrecht im SGV. Die Abmahnung ergeht zwar als formlose Aufsichtsmaßnahme, geht aber bereits in das förmliche Verfahren über.

e) Untersagungsverfügung

Da das Wirkungsvermögen der BSKE durch das Bekanntwerden einer Abmahnung bereits stark beeinträchtigt werden könnte, ist das BKartA wegen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zur vertraulichen Behandlung veranlaßt. Empfehlungen unterliegen ausdrücklich auch der Mißbrauchsaufsicht nach § 104 im Gegensatz zu der nach § 12. Daß nur Unternehmen und nicht auch Unternehmensvereinigungen als Adressaten von Mißbrauchsverfügungen in § 104 Abs.2 Ziff. 1-3 genauso wie in § 12 Abs.3 aufgezählt werden, ist als ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke anzusehen. Das Empfehlungsverbot nach § 38 Abs.1 Nr. 11, von dem § 99 Abs.2 Nr.5 freistellt, erstreckt sich grundsätzlich auch auf Verbände. Da die Mißbrauchsaufsicht über ein freigestelltes Verhalten

1) Diese Beweislastumkehr würde Belke für private Klagen nach dem GWB begrüßen, S. 148

2) K. Schmidt, Anm. 8 zu § 51; Mußler I, S.102

3) Mußler II, S. 601

ein Grundprinzip im GWB darstellt, ergibt sich systematisch zwingend der Einbezug von Verbänden als Adressaten von Mißbrauchsverfügungen. Denn das Verbot erweiternder Gesetzesauslegung aus dem Strafrecht steht hier nicht entgegen, weil die Mißbrauchsaufsicht ein Verhalten nur untersagt aber nicht bestraft. Erst der Verstoß gegen eine Mißbrauchsverfügung ist nach § 38 Abs.1 Ziff.2 u.4 eine Ordnungswidrigkeit.

f) Besonders vorsichtiges Vorgehen der Kartellbehörden angebracht

Obschon die Publizierung im Tätigkeitsbericht ebenso wie die Öffentlichkeit der Verhandlungen (§ 5 Abs.2 Satz 1) und die Nutzbarmachung der Medien im Prinzip unbedenklich ist ¹⁾, muß hier die Labilität der BSKE ²⁾ bei ihrer Aufgabe, zur Sicherung eines funktionsfähigen SGV beizutragen, berücksichtigt werden. Deshalb erscheint es hier geboten, zuerst an den BSL und, wenn überhaupt, erst danach an die Presse heranzutreten. Etwaige Maßnahmen sollten berücksichtigen, daß möglicherweise durch diese Maßnahmen ruinöse Tendenzen verstärkt werden können, wodurch der Ruf des Gewerbes nach neuen administrierten Preisen ebenfalls stärker würde. Kartellamtliche Maßnahmen würden somit dem Nachweis dienen, daß eine Wettbewerbsordnung im SGV nicht funktionieren könne.

Daneben ist zu beachten, daß die Mißbrauchsaufsicht eine maßstabsgebundene Rechtsaufsicht ist ³⁾ und keine Wirtschaftslenkung. Denn das Ende der staatlichen Preisregulierung soll gerade jenen Wettbewerbsprozeß ermöglichen, dessen Ergebnis offen ist und zu dessen Funktionieren die Verbandsempfehlungen beitragen sollen. Die von Baum im Zusammenhang mit der Freigabe staatlich administrierter Preise geforderten operationalisierbaren Kriterien für eine effizientere Mißbrauchsaufsicht ⁴⁾ sollen es ermöglichen, eine mißbräuchliche Ausnutzung von Anbieter- u.Nachfragemacht ⁵⁾ einzudämmen, ohne daß die Rechtsaufsicht der Kartellbehörden zur Wirtschaftslenkung transformiert.

1) So Immenga/Mestmäcker, K. Schmidt, Anm. 9 zu § 51

2) Die Gegenmachtfunktion des § 99 Abs.2Nr.5 könnte im Rahmen der Selbstregulierung des Marktes, Moog, S. 29, schwer beeinträchtigt werden.

3) Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm. 15 zu § 12; Baur, S. 69

4) Baum, S. 51

5) Baum, S. 52, hält es infolge einer wirksamen Kontrolle von Nachfragemacht für möglich, daß ihre mißbräuchliche Ausnutzung nicht mehr zur Begründung eines Ausnahmereiches herangezogen werden kann.

Schließlich sollte auch das Umfeld der europäischen Verkehrspolitik bei Überlegungen zu einem Mißbrauchsverfahren gegen die BSKE beachtet werden. Bei grundsätzlicher Distanz zu administrierten Tarifen werden dort angesichts der "Besonderheiten des Verkehrs" (Art. 75 Abs.1 EWG-Vertrag) weitaus stärkere Wettbewerbsbeschränkungen zugelassen als die Anstiftung zum gleichförmigen Verhalten durch eine bloße Empfehlung. Das Verhältnis von § 99 Abs.2 Nr.5 zum europäischen Kartellrecht ist Inhalt des folgenden Kapitels.

KAPITEL 4 =====

DIE SAMMELGUTEMPFEHLUNGEN AUS DER SICHT DES EUROPÄISCHEN KARTELLRECHTS

1. Die kartellrechtliche Stellung der Spedition

a) Die Stellung der Verkehrswirtschaft im EWG-Vertrag -----

Die Verkehrswirtschaft wurde im Vertrag von Rom für die wirtschaftliche Integration der EWG-Staaten als so bedeutsam angesehen, daß sie mit dem IV. Titel im 2. Teil des Vertrages über die Grundlagen der Gemeinschaft eine Sonderstellung erhielt. Diese für die "Beförderungen im Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr" (Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag) - ohne Einbezug von Seeschifffahrt und Luftfahrt - begründete Stellung befreit den Verkehr aber nicht grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln in den Art. 85-94. Die entgegengesetzte Ansicht ¹⁾ wird heute nicht mehr vertreten.

Denn dagegen sprechen zahlreiche Gründe, wie z.B. die Stellung des Verkehrs im 2. Teil mit den Einzeltiteln Warenverkehr, Landwirtschaft, Dienstleistungs- u. Kapitalverkehr und Verkehrswirtschaft. Die Wettbewerbsregeln im 3. Teil des Vertrages enthalten dagegen gemeinsame Prinzipien, die auch auf die 3 anderen genannten Titel Anwendung finden, so daß trotz der in Art.75 Abs.1 aufgeführten "Besonderheiten des Verkehrs" die Wettbewerbsregeln als übergreifende Ordnungsgrundsätze anzuwenden sind. Außerdem wird vielfach aus der Universalität des

¹⁾ Wohlfahrt, Everling, Anm. 1 zu Art. 74

Vertrages geschlossen, daß auch die Integration der Verkehrsmärkte als ein wichtiges Element für die Integration der einzelnen Volkswirtschaften anzusehen ist ¹⁾.

Auch die Systematik der vom Rat seit 1962 erlassenen Verordnungen im Verkehr zeigt, daß der Rat von der Geltung der Wettbewerbsregeln ausgeht. Der Verkehr wurde ausdrücklich durch die Wettbewerbsverordnung VO Nr.141/62 vom 26.11.1962 mit rückwirkender Kraft von der VO 17/62 vom 6.2.1962 freigestellt. Die für den Verkehr geltende Wettbewerbsverordnung VO 1017/68, die die VO 141/62 ablöste, wurde ausdrücklich auf Art. 87 Abs.1 (Erlaß von allen zweckdienlichen Verordnungen zur Verwirklichung der Wettbewerbsgrundsätze der Art. 85 u. 86) gestützt. Somit läßt sich auch sagen, daß die hier einschlägige VO 1017/68 sowohl ein Teil der allgemeinen Wirtschafts- und Wettbewerbspolitik als auch der gemeinsamen Verkehrspolitik ist. Auch nach der Praxis des Rates sind somit die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff auf den Verkehr anzuwenden ²⁾.

b) Die Stellung der Spedition

Mangels Befreiung von der VO 17/62 durch die VO 141/62 unterliegen die Spediteure den allgemeinen Regeln des EWG-Wettbewerbsrechts. Gegen eine Befreiung wurde auch das Argument hervorgebracht, daß die Sonderbestimmungen für den Verkehr als Ausnahmenvorschriften eng auszulegen seien und sich somit nur auf die Ausführung der Raumüberwindung durch Transportunternehmen beschränken würden ohne Einschluß der eher dispositiven speditionellen Tätigkeiten ³⁾. Die 1968 eingeführte VO 1017/68 über die Wettbewerbsbestimmungen im Verkehr schließt in Art.1 Satz 2 das Verkehrshilfsgewerbe ausdrücklich in den Anwendungsbereich ein, so daß seit 1968 ähnliche Befreiungsmöglichkeiten für die Spedition bestehen wie für die Verkehrsträger. Dies gilt natürlich auch für den SGV als einen speziellen Bereich der Spedition. In den anderen Ländern der EWG ist der SGV auf Grund der

¹⁾ u.a. Wägenbaur II, S. 415 f; Gemeinschaftskommentar, Mailänder, Anm. 41 zu den Bereichsausnahmen im Europäischen Kartellrecht; Ipsen I, Anm. 18 zu § 48 "Verkehrspolitik"; Mestmäcker S. 682; Lange S. 314 f; Wägenbaur I, S. 220 f.

²⁾ Mailänder a.a.O. Anm. 44

³⁾ Stabenow I, Anm. 5 zu Art. 84 (S. 633); Wägenbaur II, S. 418; Watermann I, S. 140; Saupe S. 16 ff; Stabenow, S. 238.

gegenüber der westdeutschen Regelung unterschiedlichen Tarifbildungsprinzipien weniger ausgeprägt.

2. Leitbilder der EWG-Verkehrspolitik

a) Verkehrspolitische Grundlinien

Über die VO 1017/68 hinaus hat das Speditionsgewerbe keine wesentliche Regelung erfahren. Zur besseren Einordnung der BSKE liegt es deshalb nahe, zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Grundgedanken der EWG-Verkehrspolitik, insbesondere für den Straßengüterverkehr, heranzuziehen sind.

Die Art. 74-84 enthalten keine verkehrspolitische Konzeption ¹⁾, da die Vertragspartner von ihren extrem gegensätzlichen Positionen aus, wie z.B. dem weitestgehend liberalen holländischen System und der deutschen stark reglementierten Verkehrsordnung ²⁾, keinen gemeinsamen Nenner finden konnten. Diese Kluft zieht sich bis heute durch die verschiedenen Phasen der europäischen Verkehrspolitik, in denen der Schwerpunkt der von der Kommission ins Leben gerufenen Vorschläge mal auf der Preis- und mal auf der Kapazitätspolitik lag. Letztlich erschöpfte sich die gemeinsame Verkehrspolitik jedoch in Randgebieten einzelner Fragen auf dem Gebiet der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen, d.h. der sog. Harmonisierung ³⁾. Hervorgehoben wird hier nur der Einbezug des Speditionsgewerbes durch die VO 1017/68. Darin spiegeln sich die Bemühungen der Kommission wider, die EWG-Verkehrspolitik auf das ganze Verkehrshilfsgewerbe zu erstrecken ⁴⁾.

b) Referenztarife im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr

Besonders wichtig für die Beurteilung der BSKE ist, daß Referenztarife in Form von Preisempfehlungen bereits seit dem 22.6.1965 in der "Übereinkunft über die Organisation des Verkehrsmarktes" des Rates Eingang gefunden hatten ⁵⁾. Im Straßen-

¹⁾ K. Schmitt I, S. 4; Krauss, S. 1

²⁾ Lange, S. 312

³⁾ Einen detaillierten Überblick über die Entwicklung der gemeinsamen Verkehrspolitik geben Krauss S.1 ff; Watermann II, insbes. S. 232-255 zur Tarifpolitik.

⁴⁾ V. Schmitt I, S. 9

⁵⁾ Watermann II, S. 235

Güterverkehr wurden durch die VO 1174/68 im Jahre 1968 mit Wirkung zum 1.1.1972 allerdings keine Referenz-, sondern verbindliche Margentarife eingeführt, die sich jedoch nach einheitlicher Ansicht in der Literatur nicht bewährt haben ¹⁾. Heutzutage werden sie im wesentlichen nur noch von Vertretern des deutschen Transportgewerbes befürwortet ²⁾.

Diese Verordnung über die Margentarife lief zum Jahresende 1977 aus. Die Nachfolgeregelung mit der VO 2831/77 vom 12.11.1977 ermöglicht im europäischen grenzüberschreitenden Verkehr ein Mischsystem aus obligatorischen und empfohlenen Tarifen. Mit besonderem Interesse wird die Entwicklung der Referenztarife, die lt. Legaldefinition von Art. 3 Satz 1 der VO 2831/77 Preisempfehlungen sind, im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr zwischen den 6 "alten" EWG-Staaten und den "neuen" Ländern Großbritannien, Nordirland, Dänemark und jetzt auch Griechenland beobachtet. Obligatorische Tarife bestehen zunächst weiterhin im grenzüberschreitenden Verkehr der "alten" Länder untereinander, soweit sie nicht im jeweiligen bilateralen - oder multilateralen - Einvernehmen schon durch Referenztarife ersetzt werden.

Die Referenztarife werden in einem ähnlichen Verfahren aufgestellt, wie es für die BSKE nach § 99 Abs.2 Nr.5 GWB gilt. Dabei müssen die entsprechenden Berufsorganisationen des Güterkraftverkehrs, natürlich nicht der Speditionen, zu einem gemeinsamen Votum kommen (Art.6 der VO 1831/77). Sowohl der Kommission als auch den Regierungen der betroffenen Mitgliedsstaaten steht das Recht zu, an den Verhandlungen über die Empfehlungen mit beratender Stimme teilzunehmen. Die Stellungnahmen von repräsentativen Verbänden der Verkehrsnutzer und des Verkehrshilfsgewerbes, also auch der Speditionen, sind zusammen mit den Beschlüssen über die geplanten Empfehlungen der Kommission und den Regierungen zu übermitteln. Legen diese Institutionen keinen Einspruch ein, können die Empfehlungen veröffentlicht werden.

- ¹⁾ V. Schmitt II, S.71 ff; Willeke/Baum/Hoener, S.168; Kapteyn S.286 ff; Seidenfus, S.303 f; W. May "Preisbildungsverfahren und Preisbildungsvorstellungen des Speditionsgewerbes im grenzüberschreitenden Verkehr" in DVWG Reihe B, Band 40, S. 55 ff.
- ²⁾ V. Schmitt II, S.71 ff; Watermann II, S.284 mit Hinweis auf den Bericht der Fachgruppe Verkehr im Wirtschafts- und Sozialausschuß der EWG, wo die Beibehaltung und schärfere Kontrolle der Margentarife gefordert wird.

Im Gegensatz zu § 99 Abs.2 Nr.5 GWB sind in der VO 2831/77 wesentliche Charakterisierungen der zulässigen Empfehlungen enthalten: "Sie sollen im Rahmen des Erforderlichen differenziert werden, um den Besonderheiten der einzelnen Verkehrsleistungen Rechnung zu tragen und um darauf hinzuwirken, daß in den Einzelfällen Beförderungsentgelte gebildet werden, die nicht zu stark von den Referenztarifen abweichen" (Art.4 Abs.2 Satz 2 der VO).

Hervorzuheben ist, daß die Referenztarife nicht zu stark von den Marktentgelten abweichen sollen. Auch die Verkehrswissenschaft fordert ein realistisches Verhältnis der Empfehlungspreise zu den tatsächlichen Marktpreisen ¹⁾. Dies heißt allerdings genauso wenig wie im deutschen Kartellrecht nach § 99 Abs.2 Nr.5 GWB, daß die Empfehlungen unter allen Umständen nur zulässig sein können, wenn sie marktgerecht sind. Zwar muß die Struktur der Empfehlungen die differenzierenden Wirkungen eines freien Preisspieles im Markt berücksichtigen. Aber es besteht kein Zwang, das Preisniveau z.B. im Falle eines besonders harten Wettbewerbs mit ruinösen Wirkungen nach unten an die Beförderungsentgelte anzupassen.

Dies folgt insbesondere aus Art.5 der VO 2831/77, wonach die Referenztarife so zu gestalten sind, daß sie auf Kostendeckung von Beförderungsleistung und Abfertigungs- und Werbekosten einschließlich eines angemessenen Gewinns hinwirken. Dabei "sind die Verhältnisse eines gut geführten und rationell betriebenen Unternehmens des Güterkraftverkehrs zu berücksichtigen" (Art.5 der VO). Die Begründung der Kommission vom 18.11.1975 ²⁾ zu Art. 4 des Vorschlags für ein Referenztarifsystem sagt deutlich, daß die Referenztarife einerseits soweit wie möglich die Lage auf den Verkehrsmärkten widerspiegeln sollen, andererseits aber auf selbstkostendeckende Preise mit einem angemessenen Gewinn hinwirken sollen. Auch bei den europäischen Referenz-

1) Willeke/Baum/Hoener, S. 170 ff

2) Mitteilung der Kommission an den Rat über die Marktordnung für den Binnengüterverkehr innerhalb der Gemeinschaft, Kom (75) 490 vom 18.11.1975; Teil 7, Vorschlag einer Verordnung des Rates über ein Referenztarifsystem im Güterkraftverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten, Begründung S. 4.

tarifen wird somit wie bei den BSKE nach deutschem Recht ein gewisser Doppelcharakter deutlich, der mit seinem liberalen Element die volkswirtschaftliche Funktion freier Preise betont, aber auch durch die Förderung eines gleichförmigen, kostenbezogenen Anbieterverhaltens verhindern soll, daß der Wettbewerb ausufert.

Allerdings ist fraglich, ob die Referenztarife eine volle Kostendeckung ermöglichen sollen. Willeke/Baum/Hoener bestreiten dies, da die volle Kostendeckung mit einem funktionsfähigen, d.h. zum Ausscheiden von Grenzanbietern im Zuge eines dynamischen Marktprozesses führenden, Wettbewerb nicht zu vereinbaren sei ¹⁾. Weiter schreiben sie der VO 2831/77 einen wettbewerbsfördernden Charakter, insbesondere durch die auf Grund der Empfehlungen verbesserte Markttransparenz zu. Die Überschreitung des Marktpreisniveaus durch die Empfehlungspreise wird unter Bezugnahme auf die Äusserungen des BKartA zur Mißbrauchsaufsicht über die BSKE ab einer Höhe von ca. 20 % in über 50 % der Beförderungsfälle als unzulässig angesehen. Eine rechtliche Begründung liefern die Autoren allerdings nicht.

Im Gegensatz dazu wurde schon gezeigt, daß die VO 2831/77 ausdrücklich auf kostendeckende Preise abzielt. Art.14 Abs.6 Satz 3 definiert eine Marktstörung ebenfalls kostenbezogen. Sie liegt vor, wenn "die durchschnittliche Höhe der während einer gewissen Zeitspanne erhobenen Beförderungsentgelte nicht ausreicht, um die Rentabilität eines ordnungsgemäß geführten und normal ausgelasteten Verkehrsunternehmens zu gewährleisten."

Die rechtliche Stellung dieser Referenztarife im EWG-Wettbewerbsrecht ist auch für die Stellung der BSKE von Bedeutung. Als Ermächtigungsgrundlage für die VO 2831/77 hat der Rat, der sie erlassen hat, vor allem Art.75 EWG-Vertrag genannt. Offen blieb damit das Verhältnis der VO zu den Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. Die Wettbewerbsregeln der VO 1017/68, deren Bedeutung

¹⁾ Willeke/Baum/Hoener, S. 17; darauf beruft sich auch die Stellungnahme der 6 Verladerverbände BDI, BGA, DIHT, HDE, ZDL, ZDH vom 28.1.1981 zum 1. Erhöhungsantrag der seit 1.4.1980 geltenden Referenztarife im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr mit Großbritannien, Irland und Dänemark.

für den SGV in den beiden folgenden Ziffern untersucht wird, sind neben Art.75 zusätzlich auf Art.87 des EWG-Vertrages gestützt (Erwägung zur VO 1017/68). Da sich die Wettbewerbsregeln nicht nur auf den grenzüberschreitenden Verkehr beschränken, erfolgt die Ermächtigung nach Art.75c, wonach alle zweckdienlichen Vorschriften erlassen werden können ¹⁾.

Die Referenztarife im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr werden in Verkehrswissenschaft und in der Praxis mit besonderem Interesse verfolgt. Der Rat hat in seiner Erwägung zu der VO 2831/77 bestimmt, daß spätestens zum 31.12.1982 im Licht der gewonnenen Erfahrungen über die weitere Tarifregelung entschieden werden solle. In Deutschland wurden die ersten Referenztarife zum 1.4.1980 für den Straßengüterverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland, Dänemark, Großbritannien und Irland eingeführt. Auf Grund der Tarifüberwachung durch die BAG wird es in Deutschland möglich sein, ein exaktes Bild über das Verhältnis von Referenz- u. Marktpreisen zu erhalten als Basis für die Beurteilung dieses Modells.

Ein endgültiges Bild und eine veröffentlichte Untersuchung liegen aber noch nicht vor. Aus Gesprächen mit Vertretern der BAG konnte aber der Eindruck gewonnen werden, daß die freien Preise zu einer - aus der Sicht des funktionsfähigen Wettbewerbs - wünschenswerten, starken Preisdifferenzierung geführt haben, ohne daß von einem ruinösen Preisverfall gesprochen werden kann.

Angesichts der starken, mit gestiegenen Kosten begründeten, Erhöhung der Referenztarife im Jahre 1981 zeigte sich bereits deutlich die Spannung zwischen dem Kostenansatz und dem Ziel, daß Markt- u. Empfehlungspreise nicht zu stark voneinander abweichen sollen. Deshalb wiesen die Verladerverbände schon Anfang 1981 darauf hin, daß starke Abweichungen aus der für sie willkürlich erscheinenden Erhöhung entstehen könnten, aus denen später nicht auf die Funktionsunfähigkeit der Referenztarife

1) Wägenbaur I, S. 219 u. S. 225, mit der Frage, ob diese Generalklausel hinreichend bestimmt sei.

geschlossen werden könnte. Damit könnte auch nicht die Forderung nach Einführung neuer obligatorischer Tarife begründet werden.

U.a. wegen der Widerspruchsmöglichkeiten der beteiligten Regierungen und der Kommission (Art.6 Abs.2 Satz 2 der VO 2831/77) als einer Art antizipierter Mißbrauchsaufsicht, die über die formelle Prüfung der BSKE bei ihrer Anmeldung hinausgeht, unterscheiden sich diese Referenztarife von den bloßen Sammelgutempfehlungen. Das Problem der doppeldeutigen, starken Preisabweichungen im Ausnahmebereich, die entweder als Indiz für einen Mißbrauch oder für einen ruinösen Wettbewerb anzusehen sind, gibt es sowohl bei den Referenztarifen als auch bei den BSKE. Deshalb ist die künftige Entwicklung dieser Referenztarife auch für die Entwicklung der BSKE von Bedeutung.

3. Die Sammelgutempfehlungen im Rahmen der EWG-Wettbewerbsregeln

Die zur Durchführung der Art. 85 ff EWG-Vertrag erlassene VO 17/62, von der die Speditionswirtschaft nicht freigestellt war, wurde durch die erschöpfende wettbewerbsrechtliche Sonderregelung ¹⁾ der VO 1017/68 ersetzt. Demnach gilt zunächst ein an Art. 85 Abs.1 angelehntes Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vetträgen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nach Art.1 und Art.2 der VO, von dem dann Legalausnahmen und Freistellungserklärungen durch die Kommission befreien können.

a) Zwischenstaatlichkeitsklausel

Bevor geprüft wird, ob das Empfehlungsrecht des BSL oder ein darauf beruhendes Verhalten von Sammelgutspediteuren gegen die Verbote der VO 1017/68 verstossen, ist zunächst festzulegen, welche Beförderungsfälle "den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken" (Art.2 der VO).

1) Mestmäcker, S. 682

Nach Ziff. a des Art.2 fallen darunter die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der Beförderungsentgelte und -bedingungen.

Der räumliche Geltungsbereich der BSKE bezieht sich auf Entfernungen bis zu 1.500 km, und somit auch auf den sog. grenzüberschreitenden Verkehr. Die Kundensatzverordnung hatte sich auf den deutschen Binnenverkehr beschränkt. Zahlenangaben über den Umfang des grenzüberschreitenden SGV liegen nicht vor. Wettbewerbsbeschränkungen im grenzüberschreitenden Verkehr erfüllen die sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel mit Sicherheit, da der Verkehr eine notwendige Voraussetzung für den Handel ist. Aber auch ein bloßer Binnentransport im Deutschen SGV könnte den zwischenstaatlichen Handel beschränken, wenn es sich um Güter des Ex- oder Imports handelt, die die Grenze mit einem anderen Transportsystem überschreiten. Da es sich hier um eine seltene Ausnahme handeln dürfte, genügt im folgenden die Behandlung des grenzüberschreitenden Sammelgutverkehrs.

b) Vorrang des Europäischen Rechts im grenzüberschreitenden

Sammelgutverkehr

Der Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts kann sich insofern leicht mit dem des Deutschen Kartellrechts überschneiden, als das GWB für alle Wettbewerbsbeschränkungen gilt, die sich im räumlichen Bereich der BRD ereignen. Soweit vom EWG-Recht der grenzüberschreitende Verkehr erfaßt wird, enthält er regelmäßig zugleich eine inländische Komponente, die sich auf jeden Fall auch auf den deutschen Wettbewerb auswirken kann und dem GWB unterliegt.

Gegenüber dem Deutschen Kartellrecht hat das EWG-Recht, soweit es auf Grund der Zwischenstaatlichkeitsklausel anwendbar ist, nach heute wohl h.M. einen Rechtsanwendungsvorrang ¹⁾. Die sog. Zweischrankentheorie, nach der das jeweilig strengere Recht gilt, kann die Zulässigkeit der BSKE nicht beschränken, da wegen ihrer Freistellung durch das Deutsche Kartellrecht ohnehin nur zu prüfen ist, ob das EWG-Wettbewerbsrecht strenger ist.

1) Mestmäcker, S. 128

Da die BSKE im grenzüberschreitenden SGV unter die VO 1017/68 fallen, ist zu ermitteln, ob die BSKE eine verbotene Verhaltensweise darstellen oder eine solche auslösen können.

- c) Die Sammelgutempfehlungen und die Verbote der VO 1017/68 als

Wettbewerbsregeln im Verkehr

aa) Wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse

Die BSKE werden vom BSL auf Grund eines Verbandsbeschlusses empfohlen. Da sie jedoch für die den Mitgliedsverbänden des BSL angehörigen Unternehmen ohne jede Verbindlichkeit sind und kein Druck zu ihrer Praktizierung angewendet werden darf, gelten solche Empfehlungen nicht als Beschluß i.S.v. Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag, bzw. von Art.2 Abs.1 VO 1017/68. Es ist weitgehend einhellige Meinung, daß bloß unverbindliche Verbandsempfehlungen keine Beschlüsse sind ¹⁾. Beschlüsse können als mehrseitige Rechtsgeschäfte angesehen werden, durch die Rechtsbeziehungen innerhalb von Rechtsverhältnissen geregelt werden ²⁾. Die Rechtsverhältnisse der Sammelgutspeditionen zu ihren Verbänden werden durch Empfehlung der unverbindlichen BSKE jedoch nicht berührt.

bb) Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

Das Befolgen der BSKE durch die Spediteure kann aber den Tatbestand einer verbotenen aufeinander abgestimmten Verhaltensweise erfüllen. Die Empfehlung selbst ist im EWG-Kartellrecht, anders als im GWB, wo die Empfehlungen ohne besondere Freistellung verboten sind, grundsätzlich zulässig. Der Begriff des aufeinander abgestimmten Verhaltens ist weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung klar definiert worden. In Ergänzung zum Abschnitt über abgestimmte Verhaltensweisen in Kapitel 2 ist hier von Bedeutung, daß die Empfehlung vom subjektiven Tatbestand einer bewußten Willensübereinstimmung ³⁾ von Spediteuren infolge einer Abstimmung begleitet sein muß.

-
- 1) Kleemann, S.31, der dies im EWG-Kartellrecht zwar nicht zwingend so sieht, aber im Ergebnis für sachgerecht hält; v. Gamm II, S.41; v.d. Groeben/v. Boeckh/Thiesing, Anm. 19 zu Art. 85; Deringer, Anm. 20 zu Art. 85 Abs.1
- 2) Mestmäcker, S. 207 in Anlehnung an Enneccerus-Nipperdey, BGB Allg. Teil, 4. Aufl. 1955 § 146 IV.
- 3) Rüdell, S. 47

Dazu ist zunächst festzustellen, daß im Falle einer direkten, horizontalen Abstimmung zwischen Sammelgutspediteuren im Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts ein verbotenes abgestimmtes Verhalten genauso vorliegen kann, wie es in Kapitel 2 Ziff. 7 für die Anwendung des § 25 Abs.1 GWB gezeigt wurde.

Es bleibt aber zu prüfen, ob das bloße gleichförmige Befolgen der BSKE, das im alleinigen Anwendungsbereich des GWB nur auf Grund der Freistellung durch § 99 Abs.2 Nr.5 GWB zulässig ist, im grenzüberschreitenden Verkehr als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist. Diese Abgrenzung zwischen einem nur empfehlungsbedingten, gleichförmigen Verhalten und einem abgestimmt gleichförmigen Verhalten ist nicht einfach. Ein Teil des Schrifttums hält dafür eine zusätzliche, unmittelbare Abstimmung zwischen den Empfehlungsempfängern für erforderlich ¹⁾. Anerkannt ist jedoch, daß ein Empfehlender, zumal wenn er keine Unternehmenseigenschaft - wie Verbände - ²⁾ hat, außerhalb des Verbotsbereich des Art.85 Abs.1 EWG-Vertrag steht ³⁾.

Ein anderer Teil des Schrifttums sieht ein abgestimmtes Verhalten dagegen unter Zugrundelegung eines weiteren Begriffs bereits gegeben, wenn ein Dritter als Koordinator von außen - wie z.B. der BSL - Empfehlungen abgibt, die zu einem gleichförmigen Verhalten von beteiligten Unternehmen führen ⁴⁾. Kolonko bemüht sich z.B. um den Nachweis, daß ein auf einer horizontalen Empfehlung beruhendes gleichförmiges Verhalten dann eine verbotene abgestimmte Verhaltensweise sein kann, wenn es sich um gegenseitige Empfehlungen oder um konkretisierende Empfehlungen nach einer vorherigen Verständigung der Empfehlenden mit dem Empfehlungsempfänger handelt ⁵⁾. Daneben wäre dies auch der Fall, wenn die Empfehlungsempfänger auf Grund besonderer Umstände davon ausgehen könnten, daß auch

-
- 1) Rüdell, S.60 m.w.N.; ein gleichförmiges Verhalten sieht Dinter im Jahre 1977 erst als abgestimmte Verhaltensweise an, wenn ein zusätzlicher Akt des Einvernehmens nachweisbar ist, S.104. Somit sei das bloße Befolgen einer Preisempfehlung kein abgestimmtes Verhalten, S. 119.
- 2) Ehle, S. 1595
- 3) Ehle, S. 1595 m.w.N.
- 4) Rüdell, S. 60 m.w.N.
- 5) Kolonko, S. 100

ihre Mitbewerber der Empfehlung folgen würden. Diese Konstellation sei gegeben, wenn einem Dritten als Empfehlendem die Rolle des Koordinators durch einen Auftrag der Empfehlungsempfänger zukomme ¹⁾.

Somit ist es durchaus denkbar, daß eine Befolgung der BSKE zur Untersagung des auf ihr beruhenden abgestimmten Verhaltens führen könnte ²⁾. Allgemein sieht die Kommission eine kollektive Preisempfehlung als Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art.85 Abs.1 an und bezieht sich dabei auf die Rechtsprechung des EUGH ³⁾. In Frage kommt hier das Urteil vom 17.10.1972, das sich allerdings auf - Verbandsempfehlungen nicht vergleichbare - "Richtpreise" im Rahmen weiterer Kartellvereinbarungen bezieht, die es "sämtlichen Marktteilnehmern ermöglichen, mit hinreichender Sicherheit die Preispolitik der Konkurrenten vorherzusagen" ⁴⁾. Diese Rechtsprechung kann auch wegen der außerordentlich geringen kollusiven Kohärenz im SGV nicht auf die BSKE übertragen werden.

Eine genaue Abgrenzung ist hier aber nicht angebracht, wenn es sich zeigen sollte, daß ein auf den BSKE beruhendes Verhalten auch dann von den Verböten der VO 1017/68 freigestellt wäre, wenn es als aufeinander abgestimmtes Verhalten zu qualifizieren wäre. Dies wird in der folgenden Ziff. 4 geprüft.

4. Die Sammelgutempfehlungen fallen unter die Freistellungsmöglichkeiten der VO 1017/68

Das Verbot abgestimmten Verhaltens wird durch die 2 Legalausnahmen in Art.3 und Art.4 der VO 1017/68 sowie durch die Freistellungsmöglichkeit nach Art.5 durchbrochen ⁵⁾.

- 1) Kolonko, S.104 f; ebenso Gleiss/Hirsch, Anm. 23 zu VO 1017/68, wonach beim Befolgen von Empfehlungen i.d.R. ein abgestimmtes Verhalten vorliege.
- 2) Verbandsempfehlungen in Zusammenhang mit wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen hat die Kommission bereits verboten, z.B. Entscheidung vom 15.7.1975, EG ABL. L 228 S. 3 ff, S. 11.
- 3) 4. Wettbewerbsbericht, Brüssel 1975, Randziffer 78, S. 62
- 4) EUGH Band XVIII S. 977 ff "Vereinigte Zementhändler".
- 5) Die für den Verkehr maßgeblichen EWG-Verordnungen sind alle z.B. im Kommentar von Hein/Eichhoff/Pukall/Krien in Teil J abgedruckt.

a) Legalausnahmen
- - - - -

aa) Art. 3 f: Zusammenfassung von Einzelladungen

Die 7 in Art.3 Abs.1 aufgezählten Anwendungsbereiche technischer Vereinbarungen sind keineswegs allein technisch-materiell als Gegensatz zu ökonomisch-rational zu verstehen. Saupe weist darauf hin, daß sich die Wettbewerbsbeschränkungen im Falle von Anschlußbeförderungen und im kombinierten Verkehr auch auf wirtschaftliche Sachverhalte wie Gesamtpreise und -bedingungen sowie auf Wettbewerbspreise beziehen. Daraus zieht er zu Recht den Schluß, daß mit technischen Verbesserungen letztlich Produktivitätssteigerungen gemeint sind, die eine Ausnahme von den üblichen Verboten rechtfertigen ¹⁾.

Die BSKE betreffen jedoch zweifelsfrei nicht nur "die Anwendung technischer Verbesserungen oder die technische Zusammenarbeit" (Art.3 Abs.1 der VO 1017/68) durch Zusammenfassung von Einzelladungen nach Buchst. f. Denn sie gehen über die Produktivitätssteigerung hinaus, die ein Spediteur oder eine Sammelladungsgemeinschaft durch bessere Ausnutzung der Transportgefäße auf der langen Strecke erreichen kann. Aus Art.3f kann aber nicht entnommen werden, daß bei der Zusammenstellung von Einzelladungen eine Abstimmung verschiedener Spediteure zulässig wäre, die auch Preise und Bedingungen umfaßt. Denn es ist auch nicht im Ansatz erkennbar, daß die BSKE der Zweckrichtung des Art.3 der VO 1017/68 entsprechen. Da die Wettbewerbsbeschränkungen durch technische Zusammenarbeit auf das geringstmögliche Ausmaß reduziert bleiben sollen ²⁾, bleibt für eine Erweiterung der Legalausnahmen durch ergänzende oder erläuternde Auslegung kaum Platz.

bb) Art. 3 c: Gesamtpreise und -bedingungen für Anschluß- und kombinierte Beförderungen

Nur Spezialfälle des SGV können als Anschlußbeförderung (z.B. der Bahn-Sammelgutverkehr mit An- und Ablieferung durch den Lkw) oder als kombinierter Verkehr (Transport der Wagenladung

1) Saupe, S. 20

2) Mestmäcker, S. 687 f; Wägenbaur II, S. 419; Gleiss/Hirsch, Anm. 3 zur VO 1017/68; Saupe, S. 21.

im Hauptlauf durch die Bahn) angesehen werden. In diesen Fällen ist es neben den rein technischen Vereinbarungen wie Behälternormierung und Kapazitätsplanung auch möglich, Gesamtpreise und -bedingungen (d.h. ein einheitliches Entgelt vom Versand- bis zum Empfangsschuppen) und Wettbewerbstarife zu vereinbaren.

Nach dem Grundsatz, die Legalausnahme des Art.3 restriktiv zu handhaben, ist es nicht möglich, ein horizontal gleichförmiges Verhalten auf Grund der BSKE durch Art. 3c freizustellen.

cc) Art. 3 g: Strukturregeln für Beförderungstarife

Art. 3 g stellt Regeln vom Verbot des Art. 2 frei, die nur die Struktur der Beförderungspreise und -bedingungen vereinheitlichen, ohne die Preise und Bedingungen selbst festzulegen.

Saupe unterscheidet die formelle Struktur (z.B. Festlegung der gedanklichen Schritte zur Ermittlung des Beförderungspreises anhand eines Tarifs oder der Eingrenzung der Regelungssachverhalte durch mögliche Bedingungen) und die materielle Struktur (wirtschaftliche Prinzipien der Preisbildung und inhaltliche Ausgestaltung der Bedingungen) ¹⁾. Es ist sachgerecht, als erlaubt durch Art.3 g nur die Festlegung der formellen Struktur anzusehen, da die materielle Struktur bereits einen zu deutlich determinierenden Einfluß auf Preise und Bedingungen ausübt ²⁾. Ob sich aus der Festlegung auch der materiellen Struktur mögliche positive Wirkungen auf den Wettbewerb ergeben, die die befürwortete Wettbewerbsbeschränkung überwiegen, muß im Freistellungsverfahren nach Art.5 u.12 der VO geklärt werden ³⁾.

Die BSKE legen sowohl die formelle als auch materielle Struktur fest, da aus ihnen ein fester Preis für jeden Beförderungsfall ermittelt werden kann. Sie fallen somit nicht unter die Legalausnahme des Art.3 g der VO 1017/68.

1) Saupe, S. 61

2) Saupe, S. 64 ff

3) Saupe, S. 66

dd) Art. 4: Legalausnahme für Gemeinschaften kleiner und mittlerer Unternehmen

Hier handelt es sich um freigestellte Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmensgemeinschaften im Straßengüterverkehr bis zu einer Gesamtladekapazität von 10.000 to, d.h. z.B. bis zu einer Kapazität von 400 Zügen mit einer Leistung von jeweils 25 to. Saupe schließt diese Möglichkeit für das Verkehrshilfsgewerbe allerdings aus ¹⁾, da die in to ausgedrückte Kapazitätsbeschränkung kein geeignetes Maß für die Größenbestimmung der Unternehmen des Verkehrshilfsgewerbes sei.

Im SGV, in dem die Beförderung mit Lkw vorherrscht ²⁾, ist die Kapazität in to aber durchaus ein geeignetes Maß. Zwar ist die Freistellung ausdrücklich nur auf Unternehmensgemeinschaften des Straßenverkehrs ohne das Verkehrshilfsgewerbe bezogen. Da Art.1 Satz 2 das Verkehrshilfsgewerbe aber auch in den Geltungsbereich der VO 1017/68 einbezieht, wenn es vergleichbare Tätigkeiten sind, erscheint die Geltung des Art. 4 auch für den grenzüberschreitenden SGV als angemessen.

Allerdings handelt es sich hier nicht um die Zulässigkeit branchenbezogener Preis- und Konditionenempfehlungen wie der BSKE, sondern um Rationalisierungskartellen vergleichbare Möglichkeiten, wie sie in Ziff. 2 des 5. Kapitels noch angeschnitten werden für den deutschen Straßengüterverkehr. Im Ergebnis fallen die BSKE auch nicht unter die Legalausnahme des Art.4, der allerdings den Sammelgutspediteuren Kooperationsmöglichkeiten öffnen würde.

b) Die Freistellungsmöglichkeiten

Die Zulässigkeit eines auf Grund der BSKE aufeinander abgestimmten Verhaltens kommt noch durch Freistellung nach Art.5 in Frage. Diese Freistellungsmöglichkeit knüpft an erheblich einfacher zu erfüllende Voraussetzungen an als Art.85 Abs.3

- 1) Saupe, S. 70, Mestmäcker, S. 695, ohne nähere Begründung unter Bezugnahme auf Saupe S. 70.
- 2) W. May a.a.O. in DVWG Reihe B 40 S. 53, wobei im grenzüberschreitenden SGV der Selbsteintritt eher die Ausnahme darstellt.

EWG-Vertrag. U.a. genügt es, wenn die freizustellende Verhaltensweise "zur Förderung einer größeren Kontinuität und Stabilität der Befriedigung des Verkehrsbedarfs auf den Märkten, auf denen Angebot und Nachfrage starken zeitlichen Schwankungen unterliegen" beiträgt. Dies ist das zweite von insgesamt 4 Zielen des Art.5, mit dem wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweise unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht werden.

Mit diesem Tatbestand werden typische strukturelle Schwächen der Verkehrsmärkte charakterisiert ¹⁾. Darin kommt eine der "Besonderheiten des Verkehrs" zum Ausdruck, nämlich daß die Anbieter von Verkehrsleistungen nicht auf Vorrat produzieren können und auf eine - zumindest kurzfristig - weitgehend unelastische Nachfrage durch die Verlagerer stossen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es u.a., auch die ganz erheblichen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rheinschiffahrt weiterhin zu ermöglichen, die z.T. Kartellcharakter haben. Zur Begründung einer Freistellungs Voraussetzung genügt es nicht, pauschal auf die Gefahren der "ruinösen Konkurrenz" abzustellen. Denn die Freistellung muß vom sog. Unerläßlichkeitserfordernis nach Art.5 a gedeckt sein, das die Spezifizierung sowohl der Ursachen der Instabilität als auch der Wettbewerbsbeschränkungen als das geeignete Mittel zur Milderung erfordert ²⁾. Allerdings kann dieses Prinzip von den betroffenen Unternehmen nicht den zwingenden Nachweis der Unerläßlichkeit erfordern, sondern nur, daß die nach Art.5 freistellbaren Wettbewerbsbeschränkungen zu den 4 genannten Zielen "beitragen". Art. 5 a der VO ist also so zu verstehen, daß nur die an ihrem Beitrag zu den Zielen gemessene, geringstmögliche Wettbewerbsbeschränkung zulässig ist.

Auf Grund der Spezialisierung von Sammelgutspediteuren und wegen der Vorhaltung von regelmäßig verkehrenden Sammelgutlinien erbringen die Spediteure eine beachtliche Vorleistung für ein kontinuierliches Verkehrsangebot. Um die saisonalen, konjunkturellen und konkurrenzbedingten Schwankungen durch

1) Mestmäcker, S. 694; Gleiss/Hirsch, Anm. 5 zur VO 1017/68

2) Mestmäcker, S. 695; Gleiss/Hirsch, Anm. 3 zur VO 1017/68

Wechsel von Verladern zu anderen Spediteuren in Grenzen zu halten, sind Empfehlungen und das nur durch sie ohne zusätzliche direkte Abstimmung induzierte Verhalten, das einer aufeinander abgestimmten Verhaltensweise aber nahe kommt, als ein den Wettbewerb nur in sehr geringem Ausmaß beschränkendes Gegenmittel anzusehen. Willeke/Baum/Hoener ¹⁾ konzedieren, daß sogar ein direkt abgestimmtes Verhalten von Unternehmen des grenzüberschreitenden Straßengüterverkehrs wohl nicht zu Fehlentwicklungen des Wettbewerbs führen würde, weil der potentielle Machtzuwachs durch die Konkurrenz des Werkverkehrs und der Eisenbahn begrenzt würde. Hinzu kommt die erwähnte polypolistische Struktur der Güterverkehrsmärkte, die eine stabile Verhaltenskoordination in größerem Umfang angesichts des heftigen intrasektoralen Wettbewerbs als wenig wahrscheinlich erwarten läßt ²⁾. Somit bestünde durch ein aufeinander abgestimmtes Verhalten auf der Basis der BSKE kein Ausschluß des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des SGV, was nach Art. 5 b der VO eine Freistellungsmöglichkeit vereiteln würde.

Angesichts des weitgefaßten Zwecks der Freistellungsmöglichkeit nach Art. 5 der VO 1017/68, zur Stabilität der Verkehrsmärkte beizutragen und der relativ geringen potentiellen Wettbewerbsbeschränkung durch ein abgestimmtes Verhalten auf der Basis der BSKE liegt es nahe, die Voraussetzungen der Nichtanwendbarkeitserklärung des Verbots aufeinander abgestimmter Verhaltensweise als gegeben anzusehen. Dafür spricht vor allem, daß im grenzüberschreitenden Straßengüterverkehr Referenztarife schon als Verwirklichung der wesentlichen Wettbewerbsselemente angesehen werden, da die Selbstverantwortung der Verkehrsunternehmen für ihr Preisgebaren nicht eingeschränkt wird ³⁾.

Angesichts des strengeren Anmeldeverfahrens der Referenztarife mit der 2-monatigen Widerspruchsfrist durch die Kommission oder die jeweiligen Regierungen haben diese Tarife noch einen stärker öffentlich-rechtlichen Charakter als die lediglich anzumeldenden BSKE.

1) a.a.O. S. 158

2) Willeke/Baum/Hoener, S. 158; Sandhäger, S. 17, der 1966 Referenztarife als weitgehend ineffizient auf Grund der polypolistischen Anbieterstruktur ansah.

3) Kom (75) 490 vom 18.11.1975, Mitteilung der Kommission an den Rat, Teil 6: Allgemeine Bemerkungen zum Vorschlag der späteren VO 2831/77, Ziff. 4.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten: Auch wenn das Befolgen der BSKE im grenzüberschreitenden SGV als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren wäre, bestünde die Freistellungsfähigkeit nach Art. 5 in vollem Umfang. Denn mit dem aus der Empfehlung resultierenden abgestimmten Verhalten wird letztlich eine größere Kontinuität und Stabilität im SGV gefördert. Es ist für diese schwache Form des aufeinander abgestimmten Verhaltens - ohne zusätzliche direkte Abstimmung zwischen den Spediteuren - auch keine schwächere Wettbewerbsbeschränkung zur Unterstützung der Ziele des Art. 5 der VO denkbar.

c) Das Verfahren der Freistellung
- - - - -

Zur Freistellung bedarf es keiner Anmeldung oder eines besonderen Freistellungsbescheides der Kommission, da es sich bei Art. 5 der VO 1017/68 im Gegensatz zu den anmeldepflichtigen Wettbewerbsbeschränkungen der VO 17/62 um eine vorläufige automatische Freistellung handelt ¹⁾. Die Freistellung kann allerdings aufgehoben werden. Bis zu dieser Aufhebung können wegen des aufeinander abgestimmten Verhaltens keine Sanktionen ausgesprochen werden, da es keiner vorherigen Erlaubnis oder Erfüllung besonderer Voraussetzungen für die Freistellung bedarf ²⁾. Aus dem Wortlaut der VO, wonach die Verbote des Art. 2 rückwirkend für unanwendbar erklärt werden können, kann nämlich nicht der Schluß gezogen werden, daß die Anmeldung für eine vorläufige Zulässigkeit zwingend notwendig wäre. Denn auch Art. 12 Abs.1 stellt die Anmeldung ins Belieben der Betroffenen, statt sie wie Art. 4 Abs.1 der VO 17/62 zwingend vorzuschreiben. Darin kommt zum Ausdruck, daß die VO 1017/68 Wettbewerbsbeschränkungen im Verkehr gegenüber dem allgemeinen EWG-Kartellrecht stark erleichtert.

Werden Wettbewerbsbeschränkungen nicht angemeldet, kann die Kommission das Verfahren zur Abstellung der Zuwiderhandlungen gegen die Verbote des Art.2 nach Art.10 von Amts wegen oder

1) Wägenbaur II, S. 421; Gemeinschaftskommentar, Mailänder, Anm.50 zur Bereichsausnahme Verkehr im EWG-Wettbewerbsrecht; Seidemann, S. 80 für die vergleichbare Verfahrenssystematik in der VO 17/62.

2) Mestmäcker, S. 693

auf Beschwerde von Personen oder Verbänden einleiten, die ein berechtigtes Interesse darlegen.

Der Vorteil von Anmeldungen liegt so letztlich nur darin, ggf. eine zuverlässige Basis für die Praktizierung der Wettbewerbsbeschränkungen zu erhalten, um das Risiko zu vermeiden, daß die entsprechenden Vereinbarungen rückwirkend aufgehoben werden. Für Preisempfehlungen oder abgestimmte Verhaltensweisen, die nicht rückwirkend aufgehoben werden können, besteht auf Grund dieser Verfahrensregelung noch größerer Spielraum. Diesem relativ geringen Vorteil steht jedoch die Gefahr gegenüber, daß die Kommission die Verbote des Art. 2 nicht für unanwendbar erklärt, so daß die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 5 genommen wird.

Es ist daher nicht erstaunlich, daß in den ersten 10 Jahren seit Geltung der VO 1017/68 keine Anmeldung nach den Art.12, 5 VO vorgenommen worden war ¹⁾. Die Kommission hat aber auch keine Verbotsverfahren wegen Wettbewerbsbeschränkungen im Verkehr eingeleitet, was als Zeichen dafür gewertet werden darf, daß der Wettbewerb im grenzüberschreitenden Verkehr ohnehin stark genug ist.

d) Rahmen der Wettbewerbsregeln für weitere Wettbewerbsbeschränkungen

Ein gleichförmiges Verhalten von Sammelgutspediteuren ist also im gleichen Umfang wie in Deutschland auch im grenzüberschreitenden Verkehr zulässig. Darüber hinaus ermöglicht das EWG-Kartellrecht im Rahmen des Art.5 der VO weitere - "unerläßliche" - Wettbewerbsbeschränkungen. Gegen sie könnte die Kommission im Rahmen des Art. 10 der VO vorgehen. Die Betroffenen müßten dann zur Entlastung den Nachweis führen, daß die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 5 vorliegen.

Die VO ermöglicht weitere brancheninterne Wettbewerbsbeschränkungen, die bei den Legalausnahmen nach Art.3 u. 4 bereits angeklungen sind, aber wegen der geringeren Bedeutung des SGV

1) Gemeinschaftskommentar, Mailänder, a.a.O. Anm. 51

im grenzüberschreitenden Verkehr hier nicht weiter verfolgt werden. In Kapitel 5 werden solche Möglichkeiten im deutschen Kartellrecht noch betrachtet.

KAPITEL 5

=====

INSTRUMENTALISIERUNG DES WETTBEWERBSRECHTS ALS ALTERNATIVE ZU STAATLICHEN PREISVORSCHRIFTEN

1. Bisherige Erfahrungen mit der Kartelllösung im Sammelgutverkehr

Ca. 6 1/2 Jahre nach Ersatz der staatlichen Kundensätze durch die BSKE läßt sich zumindest sagen, daß es weder zu einer besonderen Vielzahl von in ernsthafte Bedrängnis geratenen Sammelgutspeeditionen noch zu einer übertriebenen Konzentration gekommen ist. Eine empirische Untersuchung, wie etwa die 1977 abgeschlossene, hier bereits zitierte IFO-Studie von Out speziell für den Spediteur-Sammelgutverkehr gibt es nicht.

Kein Zweifel kann an einem deutlich härter gewordenen Wettbewerb bestehen, den einige Vertreter des BSL und der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr bereits 1981 als außergewöhnlich hart, wenn nicht gar ruinös, bezeichnet haben. Im Mai 1976 hatte Storsberg über die ersten, keineswegs beunruhigenden Erfahrungen von Sammelgutspediteuren berichtet ²⁾. Während einige Verlager mit örtlicher Marktmacht kategorisch Preiszugeständnisse verlangten, würden andere die BSKE wegen ihrer besseren Überschaubarkeit akzeptieren.

Die gemeinsamen Stellungnahmen der Verlagerverbände gehen davon aus, daß sich das Empfehlunswerk hervorragend bewährt habe und das Speditionsgewerbe aus dem Verzicht auf staatliche Preisreglementierung gestärkt hervorgegangen sei ³⁾. Die Erfahrungen hätten diejenigen belehrt, die mit Marktwirtschaft im Verkehr zwangsläufig Preisverfall und ruinösen Wettbewerb in Verbindung brächten ⁴⁾.

Der BSL hingegen bezeichnet die Preisempfehlungen nach wie vor als Großversuch, der in weiten Bereichen der Verkehrswirtschaft mit Skepsis und von der Verkehrspolitik und Verkehrswissenschaft mit großer Aufmerksamkeit verfolgt würde. Dessen Erfolg hänge letztlich von der konjunkturellen Entwicklung und vom Wettbe-

1) In Gesprächen mit dem Verfasser

2) Storsberg VI, S. 4 ff und Bericht über diesen Vortrag in "Der Güterverkehr", 1976, S. 201

3) Stellungnahme vom 4.2.1980, S. 6

4) Stellungnahme vom 4.2.1980, S. 7

werbsverhalten aller Anbieter im Kleingutmarkt ab ¹⁾.

Im Ergebnis hat sich für den SGV die "Entlassung in die Wettbewerbsfreiheit" nicht als Weg ins Chaos erwiesen. Andererseits gibt es Anzeichen dafür, daß die Spanne zwischen Empfehlungstarifen und Marktentgelten im Zuge der Preiserhöhungen der BSKE wächst. Insofern hat der BSL Schritte unternommen, strukturelle Ursachen einer besonders hohen Abweichung, wie z.B. die Preisspaltung in Ziel- und Nebenplätze und die Höhe der Haustarife, abzubauen. Dies wird in den Stellungnahmen der Verladerverbände auch begrüßt ²⁾. Wenn die Marktentgelte hinter den zumeist mit Kostensteigerungen begründeten Erhöhungen der Empfehlungspreise zurückbleiben, kann es zu Störungen im System der Preisempfehlungen kommen. Solche Störungen könnten ein Mißbrauchsvorwurf des BKartA auslösen, wenn er sich auf die Mißbrauchssystematik zu den Preisempfehlungen von Markenwaren stützen sollte. In Kapitel 3, Abschnitt III dieser Arbeit wurde nachgewiesen, daß dieser Ansatz systematisch verfehlt ist.

Störungen sind auch im Falle ruinöser Tendenzen mit Insolvenzen in größerem Ausmaß zu erwarten. Dann würde das Speditionsgewerbe fordern, zu den staatlichen Regulierungen wieder zurückzugreifen, was 1975 bei Einführung des § 99 Abs.2 Nr.5 für den Fall erheblicher Marktstörung in Aussicht gestellt worden war.

Die rechtlichen Möglichkeiten scheinen aber noch nicht ausgeschöpft, durch im Rahmen des GWB zugelassene Wettbewerbsbeschränkungen ruinöse Tendenzen einzudämmen. Diese Möglichkeiten des GWB werden im folgenden untersucht. Im Mittelpunkt stehen das Kooperationskartell nach § 5 b und die Wettbewerbsregeln nach §§ 28 ff. Ob diese Wege tatsächlich geeignet sind, muß hier natürlich dahingestellt bleiben, zumal es auch in einer wirtschafts-wissenschaftlichen Untersuchung kaum möglich wäre, daraus resultierende Marktergebnisse zu prognostizieren.

1) Vorbemerkungen zur Ausgabe der BSKE vom 1.3.1981

2) Stellungnahme vom 7.3.1979, S. 6. Allerdings bedauern die Stellungnahmen vom 4.2.1980 und vom 6.2.1981, daß z.B. die Preisangleichung für Ziel- und Nebenplätze nicht weiter fortgeführt werde.

2. Ergänzende Instrumente des GWB zur Stabilisierung der

Sammelgutmärkte

a) Kartelle im gewerblichen Möbel- und Umzugsgutverkehr

Nachdem 1975 das Bundesverfassungsgericht die Kontingentierung im gewerblichen Straßengüterfernverkehr mit Gebrauchtmöbeln als verfassungswidrig beurteilt hatte ¹⁾, wurden 1977 zwei Mittelstandskartelle in der Form von Kooperationskartellen nach § 5 b GWB im gewerblichen Möbelfernverkehr vereinbart. Die Kartelle wurden mangels Widerspruch durch das BKartA wirksam ²⁾. Sie umfassen den Möbelfernverkehr sowohl mit Gebrauchtmöbeln als auch mit Neumöbeln, der nach wie vor der Kontingentierung unterliegt, weil dies dem Zweck entspräche, die Bundesbahn vor weiteren Verkehrsverlusten zu schützen.

Die tragenden Elemente beider, sachlich zu einem großen Teil ähnlicher Verträge, sind insbesondere die Melde- und Transportabgabeverpflichtung einer Spedition gegenüber der von den Kartellmitgliedern gegründeten Gesellschaft. Diese Gesellschaft ist ihrerseits um einen Ausgleich zwischen den von einem Spediteur gemeldeten und ihm zugeleiteten Transporten bemüht. Ein ausgeglichener Saldo von abgegebenem und empfangenem Transportumsatz ist für eine solche Kooperation von entscheidender Bedeutung. Dies hatten bisherige Kooperationsversuche ³⁾ und die Erfahrungen mit dem 1973 eingeführten, aber bald wieder eingestellten, computergestützten BSL-System der Meldung von Transportkapazität und -bedarf gezeigt.

Das Ziel der Verträge besteht in der Rationalisierung durch eine höhere Auslastung der eingesetzten Fahrzeuge und in Kostenersparnissen durch gemeinsame Beschaffungsmaßnahmen und Werbung. Weiter besteht die Verpflichtung zu einem einheitli-

1) BVerfGE Bd. 40, S. 196-232

2) "Confern" GmbH & Co.KG, WuW 1977, S. 319-321, wirksam nach Ablauf der Widerspruchsfrist, WuW 1977, S. 579;
"Deutsche Möbelspedition" GmbH & Co.KG, WuW 1977, S. 757-759, Wirksamkeit: WuW 1978, S. 37.

3) z.B. H. Schmidt, "Kooperation im Verkehr", wo u.a. von E. Hebel, S. 270-286 über Kooperationserfahrungen im Möbeltransportgewerbe berichtet wird.

chen Erscheinungsbild nach aussen durch Lackierung der fest unter die Dispositionsbefugnis der Gesellschaft gestellten Kraftfahrzeuge in den Gesellschaftsfarben. Das BKartA erkannte die möglichen Kosteneinsparungen durch diese Kooperation an und sah den Wettbewerb auf dem Markt durch die Zusammenschlüsse von mittleren und kleinen Unternehmen mit Marktanteilen von ca. knapp 15 % ¹⁾ nicht als wesentlich beeinträchtigt an, obschon von beiden Gesellschaften in Form einer GmbH auch die Preise festgesetzt werden.

Wegen der Andienungspflicht mit der resultierenden zentralen Preisgestaltung und der zentralen Vergabe der Transporte kann man durchaus von Syndikatselementen in diesem Kartell sprechen, wenn man eine weite Definition des Syndikats zugrunde legt ²⁾. Die resultierende starke Wettbewerbsbeschränkung durch eine solche Kooperation läßt die umstrittene Marktanteilsgränze von 15 %, von der ab eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vermutet wird, für die vorliegenden beiden Kooperationskartelle als Maximum erscheinen.

b) Voraussetzungen für Kooperationskartelle im Sammelgutverkehr

Die im Möbelfernverkehr angestrebte Rationalisierung durch höhere Auslastung könnte auch im SGV als das entscheidende Argument für die Zulässigkeit einiger, seit der 3. GWB-Novelle von 1973 ermöglichter Kooperationskartelle nach § 5b angesehen werden. Von diesem Kartell dürfen grundsätzlich alle Unternehmensfunktionen umfaßt sein, also auch Preis- und Kapazitätsabreden ³⁾. Der Zweck der Kooperationskartelle ist im Prinzip der Leistungssteigerung kleiner und mittlerer Unternehmen durch Zusammenarbeit zu sehen und nicht im Mittelstandsschutz oder der Gegenmachtbildung ⁴⁾. Der von Kapteina angesprochene "Gedanke vom strukturellen Nachteilsausgleich" ⁵⁾ bezieht sich

1) Immerhin gehörten der "Deutschen Möbelspedition" 1978 68 selbständige Unternehmen an, WuW 1978, S. 37

2) Einen weiten Begriff des Syndikats vertreten z.B. Stahl, S. 9 und Immenga-Mestmäcker, Immenga, Anm. 104 ff zu § 5 GWB

3) Gemeinschaftskommentar, Deringer, Anm. 9 u. 15 zu § 5 b GWB

4) Immenga-Mestmäcker, Immenga, Anm. 9 zu § 5 b GWB

5) Kapteina, S. 20

nicht nur auf die Nachteile kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber großen, sondern auch auf Besonderheiten einer polypolistisch-strukturierten Branche.

Für ein Kooperationskartell bestehen 3 Zulässigkeitsvoraussetzungen:

aa) Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge

Die Verträge und Beschlüsse - andere Wettbewerbsbeschränkungen und insbesondere aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen können nicht durch § 5 b zulässig werden ¹⁾ - müssen die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch betriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben. Dabei genügt eine Spezialisierung nicht, für die es die Form des Spezialisierungskartells nach § 5 a gibt. Eine Rationalisierung liegt nur vor, wenn das Kartell einen betriebswirtschaftlichen Vorteil durch eine Verbesserung des Aufwand/Ertragsverhältnisses zum Inhalt und zum Ziel hat ²⁾. Ein gesamtwirtschaftlicher Vorteil, etwa durch geringeren Repressourcenverbrauch ist zwar häufig Folge der betriebswirtschaftlichen Rationalisierung, muß es aber nicht sein ³⁾. Eine bloße Kosteneinsparung durch bessere Konditionen, z.B. im Fall eines kooperativen Einkaufs, dürfte kaum genügen ⁴⁾. Allerdings können die betriebsinternen Kosten der Organisation von Beschaffungen im Wege der Sammelbestellung durch ein Kooperationskartell niedriger sein (z.B. geringerer Zeitaufwand für Markterkundung und Preisverhandlung), so daß dann auch eine höhere betriebliche Leistungsfähigkeit vorliegen kann ⁵⁾. Eine höhere Auslastung durch besser zentralisierte Verteilung des Ladungsaufkommens stellt sowohl eine betriebs- als auch eine gesamtwirtschaftliche Rationalisierung dar.

bb) Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Die Kooperation darf den Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigen. Die Grenze, von der an der Wett-

-
- 1) Gemeinschaftskommentar, Deringer, Anm. 10 zu § 5 b; ausführliche Begründung bei Kapteina S. 18 ff
 - 2) Deringer a.a.O. Anm. 13 zu § 5 b
 - 3) Deringer a.a.O. Anm. 4 zu § 5; Immenga/Mestmäcker, Immenga, Anm. 60 zu § 5
 - 4) Deringer a.a.O. Anm. 6 zu § 5
 - 5) Immenga a.a.O. Anm. 24 zu § 5 b

bewerb wesentlich beeinträchtigt sein könnte, sah der wirtschaftspolitische Ausschuß des Bundestages 1973 bei einem Marktanteil von ca. 10-15 % ¹⁾. In Ausnahmefällen kann der Anteil von 15 % überschritten werden, wenn z.B. weitere marktstarke Unternehmen mit größeren Marktanteilen vorhanden sind ²⁾. Allgemein gilt, daß der Marktanteil geringer sein muß, desto schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkungen sind ³⁾.

Daneben liegt das Schwergewicht der Prüfung auf qualitativen Kriterien, wie Art des Kooperationskartells, Dauerhaftigkeit und Grad der Wettbewerbsbeschränkungen ⁴⁾. Besonders wichtig ist hier die Eingrenzung des relevanten Marktes. Dies läßt sich nicht pauschal bewirken. Angesichts der nur geringen Spezialisierungsmöglichkeiten im SGV und des damit recht leichten Eindringens anderer Konkurrenten in einen Regionalmarkt, kann der relevante Markt nicht eng gefaßt werden und muß - zumindest bei kleineren Bundesländern - über die jeweiligen Landesgrenzen hinausgehen.

cc) Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen

Ein Kooperationskartell muß die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen fördern. Großunternehmen können grundsätzlich auch beteiligt sein, soweit das Kartell im ganzen den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt ⁵⁾. Nach Immenga verstößt die Beteiligung von Großunternehmen jedoch gegen den Normzweck von § 5 b ⁶⁾. Der Begriff "Großunternehmen" muß aber die Struktur des gesamten Marktes berücksichtigen. Im SGV kann man von Großunternehmen dann sprechen, wenn diese einen Marktanteil von bereits 2-3 % haben. Da Immenga gleichzeitig dem § 5 b keine mittelstandschützende Funktion zuerkennt, ist nicht einzusehen, weshalb sich größere Unternehmen im SGV nicht an einem Kooperationskartell beteiligen sollten.

-
- 1) Zitiert nach Deringer a.a.O. Anm. 25 zu § 5 b
 - 2) Kooperationsfibel, 1976, S. 50
 - 3) Kooperationsfibel, 1976, S. 50; Stahl, S. 9
 - 4) Deringer a.a.O. Anm. 26 zu § 5 b
 - 5) Müller-Giessler, Anm. 8 zu § 5 b m.w.N.
 - 6) Immenga a.a.O., Anm. 9 und 75 zu § 5 b

Im Ergebnis muß bei Anmeldung nur die Eignung des Kartells nachgewiesen werden, diese Zulässigkeitsvoraussetzungen zu erfüllen. Das Kartell unterliegt mit Anmeldung der Mißbrauchsaufsicht nach § 12. Wie im Beispiel der Kooperationskartelle von Möbeltransportunternehmen erscheinen die Möglichkeiten von § 5b auch für den SGV gut geeignet, insbesondere bei der Zusammenarbeit im Rahmen von Sammelgutlinien. Würde von dieser Möglichkeit in größerem Umfange Gebrauch gemacht werden, könnte sich der Sammelgutmarkt von einem polypolistischen Markt langsam zur Marktform eines weiten Oligopols entwickeln ¹⁾. Aber auch schon wenige Kartelle könnten einen stabilisierenden Einfluß auf das Verhalten der Spediteure haben.

c) Rationalisierungskartell

Während ein Kooperationskartell nach § 5b alle Formen betrieblicher Zusammenarbeit erfaßt, aber zu keiner wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen darf, bestehen für Rationalisierungskartelle nach § 5 GWB strenge zusätzliche Voraussetzungen. Sind sie erfüllt, würden jedoch stärkere Wettbewerbsbeschränkungen insbesondere dadurch möglich ²⁾, daß sich Rationalisierungskartelle sogar auf eine ganze Branche erstrecken können. Dabei muß der Rationalisierungserfolg in angemessenem Verhältnis zur damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen (§ 5 Abs.2 u.3). U.a. wird dieses Verhältnis im Erlaubnisverfahren nach § 9 Abs.2 berücksichtigt. Der Sinn eines solchen Kartells im SGV könnte darin liegen, ein größeres Marktsegment zu erreichen als mit der Marktanteilsregelung von ca. 15 % nach § 5b.

Voraussetzung ist zunächst eine Rationalisierung, die "geeignet ist, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der beteiligten Unternehmen in technischer, betriebswirtschaftlicher oder organisatorischer Berziehung wesentlich zu heben und dadurch die Befriedigung des Bedarfs zu verbessern" (§ 5 Abs.2). Demgegenüber wird für ein Kooperationskartell nur die Förderung

1) Eine solche Konsequenz deutet Veltins I, S.241, an

2) Veltins I S.239

der Leistungsfähigkeit vorausgesetzt. Die "wesentliche Hebung" ist nicht in jedem Fall genau quantifizierbar. Der Rationalisierungserfolg kann um so höher bewertet werden, je größer z.B. der Anteil der unternehmenseigenen Wertschöpfung am Produkt oder der gewerblichen Leistung ist, d.h., desto kleiner der Anteil der unternehmensextern erworbenen Vorleistungen ist ¹⁾. Weiter wird eine Steigerung der Wirtschaftlichkeit bei Unternehmen höher bewertet, die "z.B. infolge eines konjunkturellen Absatzrückgangs mit existenzbedrohenden Verlusten arbeiten" als bei ertragsstarken Unternehmen ²⁾.

Erst die höherstufige Form eines Rationalisierungskartells nach § 5 Abs.3 erlaubt Preisabreden oder gemeinsame Einrichtungen als Syndikate, stellt aber als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung darauf ab, daß "der Rationalisierungszweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann und... die Rationalisierung im Interesse der Allgemeinheit erwünscht ist" (§ 5 Abs.3). Die Kartellbehörden haben vor der Erlaubniserteilung anhand hypothetischer Abläufe ³⁾ zu prüfen, ob die Rationalisierung auch ohne oder auch durch eine weniger schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung erreicht werden könnte. Zur Bestimmung der Interessen der Allgemeinheit ist zwischen betriebs- und gesamtwirtschaftlichem ⁴⁾ Rationalisierungserfolg und den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung abzuwägen ⁵⁾. Besondere Möglichkeiten für den SGV können sich durch Gebietsschutzabkommen ergeben ⁶⁾, die weitgehend die Wirkung von Kundenschutzvereinbarungen wegen der i.d.R. räumlichen Bindung der Verlater haben.

Im einzelnen können in dieser Arbeit keine näheren Vorschläge ausgearbeitet werden und kann keine konkrete Interessenabwägung erfolgen. Im Ergebnis erscheint ein Kooperationskartell für den SGV jedoch praktikabler zu sein, zumal die Kartelldisziplin bei einer überschaubaren Mitgliederzahl wie im Kooperationskartell besser sein dürfte.

1) Verwaltungsgrundsätze des BKartA für die Beurteilung von Strukturkrisen- und Rationalisierungskartellen, Bekanntmachung des BKartA Nr. 37/78 vom 31.3.1978, BAnz Nr. 66 vom 7.4.1978

2) BKartA a.a.O.

3) Immenga/Mestmäcker, Immenga Anm. 116 zu § 5

4) Eine gesamtwirtschaftliche Rationalisierung kann, muß aber nicht, vorliegen, Veltins II, S. 971

5) Immenga a.a.O. Anm. 120 zu § 5 GWB

6) Immenga a.a.O. Anm. 111 zu § 5 GWB

d) Spezialisierungskartelle

Die Spezialisierung ist ein wichtiges Element, das zur Marktstabilisierung beitragen kann. Auf spezialisierten Märkten fällt die Durchsetzung der eigenen Preisvorstellungen u.U. leichter als im Polypol. Andererseits ist es denkbar, daß auf einem oligopolistischen Spezialmarkt der Wettbewerb noch härter ist. Dies würde dem Konzept des weiten Oligopols als am besten geeignete Marktform zur Ausprägung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen und Überwindung der "Schlafmützenkonkurrenz" im Polypol entsprechen.

Für Spezialisierungskartelle wird vorausgesetzt, daß ein wesentlicher Wettbewerb auf dem Markt bestehen bleibt (§ 5a Abs.1 Satz 1). Dies wird, in Anlehnung an den gleichen Begriff in § 22 Abs.1 u.2, unterhalb des Stadiums der Marktbeherrschung regelmäßig bejaht ¹⁾. Das BKartA baute dabei nicht nur auf Marktanteilskriterien auf, sondern prüfte auch, wie es um Substitutionswettbewerb, Stärke und Anzahl der direkten Konkurrenten, Zuzug neuer Konkurrenz durch niedrige Marktzutrittsbedingungen und durch Faktoren der Marktgegenmacht bestellt ist ²⁾.

Für die Praxis dürften aber auch die Spezialisierungskartelle aus den gleichen Gründen wie die Rationalisierungskartelle wegen der Vielzahl der Speditionsunternehmen weniger Bedeutung als Kooperationskartelle haben.

e) Strukturkrisen- und Sonderkartelle

Voraussetzung für ein Strukturkrisenkartell ist ein durch nachhaltige Nachfrageänderung verursachter Absatzrückgang, der eine durch Vertrag oder Beschluß planmäßig durchzuführende Kapazitätsanpassung erfordert. Ein bloß konjunktureller Einbruch genügt für die Zulässigkeit dieser Kartellform nicht ³⁾. Das BKartA konzidiert allerdings, daß sich strukturelle mit konjunkturellen Ursachen überschneiden können ⁴⁾.

1) Immenga a.a.O. Anm. 36 ff zu § 5a GWB

2) Immenga a.a.O. Anm. 37 zu § 5a GWB: z.B. Werkverkehr oder Verladerkooperation

3) Gemeinschaftskommentar, v. Renthe gen. Fink, Anm.2 zu § 4 (4.Aufl.)

4) BKartA a.a.O.

Sollte es sich um einen extremen Konjunkturrückschlag handeln, in dem eine "unmittelbare Gefahr für den Bestand des Überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges" besteht (§ 8 Abs.2), könnte der Bundesminister für Wirtschaft auf Antrag ein Sonderkartell erlauben, wenn dies ausnahmsweise "aus Überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist" (§ 8 Abs.1).

So eng auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein solches Sonderkartell gesteckt sind, ist es als Notlösung wenigstens denkbar. Denn das Strukturkrisenkartell darf sich auf Unternehmen des Handels oder anderer Dienstleistungen, wie die Speditionen, nicht erstrecken, sondern nur auf "Unternehmen der Erzeugung, Herstellung, Bearbeitung oder Verarbeitung" (§ 4). Es fragt sich, ob diese Beschränkung sinnvoll ist, da eine Kartellierung auf längere Sicht mehr Wettbewerb aufrecht erhält, als eine sonst zwangsläufig eintretende Konzentration ¹⁾. Ohnehin würden sich im einzelnen eine Reihe von Problemen ergeben, an denen die 5 bis 1978 beantragten Strukturkrisenkartelle gescheitert sind ²⁾. Das wesentliche Problem dürfte im Außenseiterwettbewerb liegen, der gerade dann forciert wird, wenn eine Strukturbereinigung mit der "planmäßigen Anpassung der Kapazität" erste Früchte zeigt ³⁾. Dies könnte nur durch ein - verfassungsrechtlich fragwürdiges - Zwangskartell gelöst werden ⁴⁾. Gerade auch deshalb wäre ein Sonderkartell kaum als Alternative zu einer neuen Preisverordnung zu sehen, sollte diese wieder notwendig erscheinen.

f) Wettbewerbsregeln
- - - - -

aa) Wettbewerbsregeln im gewerblichen Güterverkehr wegen hohem Organisationsgrad denkbar

Alle Kartellformen sind angesichts von ca. 3.000 Sammelgutspediteuren, die sich kaum alle einem Kartell anschließen werden, in besonderem Maße einer unbeeinflussbaren äußeren

1) Mann, S. 92; BKartA a.a.O.

2) Veltins II, S. 969

3) Veltins II, S. 970

4) Veltins II, S. 970

Konkurrenz, dem sog. Außenseiterproblem, unterworfen, das starke Spannungen innerhalb des Kartells erzeugen würde. Deshalb waren 1975 nur Empfehlungen als Nachfolgeregelung zu den Kundensätzen angestrebt worden. Ein Zwangskartell scheidet aus ordnungspolitischen Gründen ohnehin aus, da es einen noch stärkeren Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit bedeuten würde als die bisherigen staatlich festgelegten Richtpreise. Wegen des Außenseiterproblems werden Wettbewerbsregeln häufig als ungeeignet angesehen, um unerwünschte Verhaltensweisen wirksam auszuschließen ¹⁾. Daher wurde bereits erörtert, Wettbewerbsregeln im Rahmen der "Verbandslösung" zum Schutz des Leistungswettbewerbs mit einer staatlichen Allgemeinverbindlichkeitserklärung auszustatten, um z.B. eine ruinöse Konkurrenz zu vermeiden ²⁾. Diese Vorschläge haben sich genauso wenig durchgesetzt wie der Gedanke, zur Eindämmung der Nachfragemacht auch die Nachfrager auf der Marktgegenseite in verbindlicher Form in die Wettbewerbsregeln einzubeziehen ³⁾. Angesichts des hohen Organisationsgrades im Speditions- und Güterfernverkehrsgewerbe und des dadurch geringeren Außenseiterproblems erscheinen Wettbewerbsregeln einer näheren Prüfung wert.

Durch Wettbewerbsregeln des BSL könnten die Spediteure evtl. verpflichtet werden, bestimmte Mindestpreise einzuhalten oder Speditionsleistungen nicht unter Selbstkosten anzubieten. Eine Verpflichtung erfolgt jedoch nur, wenn entsprechende Satzungsbefugnisse die Möglichkeit verbindlicher Pflichten für die Mitglieder vorsehen. Bei einem Spitzenverband, wie dem BSL, ist besonders darauf zu achten, daß diese Verpflichtung in den Satzungen der Mitgliedsverbände enthalten ist ⁴⁾. Allgemein werden preisbezogene Wettbewerbsregeln für unzulässig gehalten, da sie mit dem Normzweck einer Vermeidung leistungswidrigen oder unlauteren Wettbewerbs nicht vereinbar sind ⁵⁾.

1) Merkel, S. 705 ff

2) Hamm II, S. 125

3) Monopolkommission S. 124 f

4) J. Baur, S. 280, "Überlegungen zu einer erweiterten Verbindlichkeit von Wettbewerbsregeln", in Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr (Hrsg.) S. 273-299, Wettbewerbskongreß

5) Gemeinschaftskommentar, Franzen, Anm. 33 und 41 zu § 28 GWB

Ein Wettbewerb in Preis und Qualität allein, der durch solche Regeln eingeschränkt würde, ist nämlich keinesfalls leistungswidrig ¹⁾.

Andererseits enthält die Zielrichtung der Wettbewerbsregeln, wie dies aus der Entstehungsgeschichte insbesondere anlässlich der 2. GWB-Novelle von 1973 hervorgeht ²⁾, keineswegs nur wettbewerbsfördernde, sondern auch strukturerhaltende, mittelstandsschützende Elemente, die auch der Abwehr einer "ruinösen Konkurrenz" dienen können ³⁾.

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht hält Hamm diese Ziele nicht für realisierbar, da insbesondere die Begriffe Struktur-erhaltung und Vermeidung einer ruinösen Konkurrenz ohnehin zu unbestimmt und vieldeutig und somit für die Praxis ungeeignet seien ⁴⁾.

Unabhängig von der Festlegung der mit § 28 verbundenen Ziele ist die Rechtspraxis aber nie so weit gegangen, in Wettbewerbsregeln, z.B. das Verbot von Mindestpreisunterschreitungen oder des Verkaufs unter Selbstkosten, zuzulassen. Auch unter dem lauterkeitsbezogenen Aspekt der Wettbewerbsregeln sind nur solche Verbote zulässig, die auch im UWG enthalten sind. Ein Verkauf unter Selbstkosten wird aber erst wettbewerbswidrig, wenn besondere Umstände hinzutreten, die das Verhalten als anstössig erscheinen lassen, wie z.B. ein ruinöses Unterbieten ⁵⁾. Als anstössig wird hier ein Unterbieten mit dem Ziel der Vernichtung von Konkurrenten aufgefaßt. Damit kann aber nicht das von den Marktkräften erzwungene Unterbieten verhindert werden, das für den Fall einer "ruinösen Konkurrenz" symptomatisch ist.

bb) Die Verhinderung eines "unbilligen Wettbewerbs" legitimiert preisbezogene Wettbewerbsregeln im Güterkraftverkehr

Im Verkehrstarifrecht wird der Begriff des "unlauteren" von dem des "unbilligen" Wettbewerbs überlagert, wonach der Bundes-

1) Franzen a.a.O. Anm. 22 zu § 28 GWB

2) Kartte, S. 80 f

3) Franzen a.a.O. Anm. 29 zu § 28 GWB; Sauter, S. 141; Kartte, S. 80

4) Hamm II, S. 124

5) Baumbach/Hefermehl, Anm. 207 und 208 zu § 1 UWG

minister für Verkehr "Leistungen und Entgelte der verschiedenen Verkehrsträger... insoweit aufeinander abzustimmen (hat), als es die Verhinderung eines unbilligen Wettbewerbs erfordert" (§ 7 Abs.2 GÜKG). Wie in Kapitel 1 gezeigt, ist dieser Begriff noch nicht exakt geklärt. Im Verhältnis zum unlauteren Wettbewerb ist jedoch klar, daß "unbillig" den zulässigen Wettbewerb stärker einschränkt ¹⁾.

Allerdings steht die Verhinderung eines unbilligen, intersektoralen Wettbewerbs durch Tarifaabstimmung der verschiedenen Verkehrsträger Straße, Bahn und Schifffahrt untereinander im Vordergrund. Eng damit ist aber auch der intrasektorale Wettbewerb verbunden, da z.B. bei starkem intrasektorialem Preiswettbewerb im gewerblichen Straßengüterverkehr das Transportaufkommen der Bahn stark betroffen wäre, falls es keine Kontingentierung gäbe. Folgerichtig wird zur Verhinderung eines unbilligen Wettbewerbs die Kenntnis der Selbstkosten der Verkehrsträger herangezogen, um aus der Analyse des Zusammenspiels von Kosten, Leistungen und Umsätzen Anhaltspunkte für die Tarifbildung zu gewinnen ²⁾. Da mit dem unbilligen Wettbewerb auch eine ruinöse Konkurrenz verhindert werden soll ³⁾, müßte auf dem speziellen verkehrsrechtlichen Gebiet durch Wettbewerbsregeln eine stärkere Beschränkung des Wettbewerbs zulässig sein, als auf Grund des bloßen Lauterkeitsbezuges.

cc) Preisbezogene Wettbewerbsregeln auch im Sammelgutverkehr möglich

Der SGV wird von den Tarifregelungen des GÜKG direkt nur durch die Preisuntergrenze nach § 20 Abs.2 Satz 2 GÜKG betroffen. Andererseits ist zur rechtlichen Einordnung des SGV, wie oben in Kapitel 1 gezeigt wurde, der Bezug auf die Verkehrsgesetze angemessen, so daß nach Wegfall der Kundensätze die Verhinderung

-
- 1) Fikentscher II, S. 20; Fikentscher IV, S. 12; Storsberg I, S.105
2) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 3 c zu § 7 GÜKG
3) Immenga I, S. 32; während Storsberg I, S.109 das Ziel einer Existenzerhaltung von einzelnen Unternehmen ablehnt, unabhängig davon, ob es sich um leistungsschwache Grenzanbieter handelt, die keinen Schutz genießen sollen - so Fikentscher IV, S.12 - oder um gut geführte, konkurrenzfähige Unternehmen, die Fikentscher IV, S.12, geschützt sieht.

eines unbilligen Wettbewerbs durchaus als Gegenstand entsprechender Wettbewerbsregeln vorstellbar ist. Dagegen kann nicht sprechen, daß Verkehrs- und Wettbewerbsrecht zwei vollkommen getrennte Materien wären. Denn die "Einheit der Rechtsordnung" wurde häufig als Argument für die gegenseitige Beeinflussung von Gesetzen für einzelne Sektoren und Kartellrecht herangezogen ¹⁾. Wegen des sehr häufig ausgeübten Selbsttrittsrechts im SGV besteht ein enger Zusammenhang zu den Regelungen des GÜKG. Diese enge Verbindung wird auch im Einbezug großer Teile des Verkehrshilfsgewerbes in die Freistellung nach § 99 Abs.2 GWB und in die Freistellungsmöglichkeiten nach den Wettbewerbsregeln der EWG für den Verkehr deutlich.

dd) Preismeldesystem

Von den weiteren potentiellen Wettbewerbsbeschränkungen, auf die sich Wettbewerbsregeln beziehen können, wird hier noch ein Preismeldesystem erläutert. Ohne auf die noch nicht näher geklärten rechtlichen Voraussetzungen dafür eingehen zu wollen ²⁾, ist die mit Wettbewerbsregeln verbundene Variante hier von Interesse. Um zu vermeiden, daß ein Kunde die Preise künstlich drückt, indem er angeblich niedrigere Preise von Konkurrenten ins Feld führt, könnte geregelt werden, daß die Preise von Konkurrenzangeboten abgefragt werden können ³⁾.

Ein vollständiges Preismeldesystem wäre angesichts der zahlreichen Beförderungsfälle zu aufwendig und mangels entsprechender Kontrollen nicht erfolversprechend. Daher sind auch die Vorhaben des BSL für ein Preismeldeverfahren, die vor 1975 geplant waren, nicht durchgeführt worden ⁴⁾. Meldungen von Unter-

-
- 1) z.B. Böge, S.57 ff; Fikentscher V, S.48 ff; Immenga I, S.27 ff, wobei die Verkehrsaufsichtsbehörde bei Geltung von Tarifen die wettbewerblichen Gesichtspunkte marktgerechter Entgelte zu prüfen hatte. Nach Wegfall der Kundensätze erscheint es angebracht, daß das BKartA die Wirkung der unveränderten Verkehrsgesetze auf den SGV berücksichtigt. Dazu zählt die Verhinderung eines unbilligen, ruinösen Wettbewerbs.
 - 2) Trautmann, S.227; die Rechtsprechung und Kartellamtspraxis engt die Möglichkeiten für solche Verfahren hier stark ein, da ein Verzicht auf den Geheimniswettbewerb die - als Stimulanz erforderliche - Ungewißheit der Anbieter über das Preisverhalten der Konkurrenten zu stark vermindere; Sauter, S.137
 - 3) Trautmann, S.234, wonach die Abfrage auch nur so erfolgen braucht, daß bei Nennung eines bestimmten Preises nur eine Ja-Nein-Antwort gegeben wird.
 - 4) Sauter, S. 135

schreitungen der BSKE um einen bestimmten Prozentsatz könnten aber mit dem obengenannten Verbot der Selbstkostenunterschreitung einhergehen und dazu führen, daß der Verband Nachweise zur Kostensituation anfordert. Diese Variante könnte ein Netz gegen einen ruinösen Preisverfall darstellen, auch wenn die Preismeldung nicht an die Bundesanstalt für den Güterfernverkehr zu erfolgen hat ¹⁾.

Sollten sich Wettbewerbsregeln in der Handhabung als mißbräuchlich erweisen, kann das BKartA die Löschung aus dem Register für Wettbewerbsregeln verfügen (§ 31 Abs.3), womit die unwiderlegliche Vermutung für die Zulässigkeit der Regeln entfällt und die Beteiligten Gefahr laufen, in ein kartellamtliches Verbotsverfahren hineingezogen zu werden ²⁾.

Im Ergebnis läßt sich durch Wettbewerbsregeln - trotz ihrer schwierigen Durchsetzbarkeit - eine gewisse Disziplinierung im SGV denken, die ruinöse Tendenzen eindämmen könnte.

g) Kartellfreie Kooperationsformen

Die sog. "kartellfreie Kooperation" ist z.B. für kleine und mittlere Unternehmen ein wichtiges Mittel, um in betrieblichen Teilbereichen Vorteile wahrzunehmen, die sonst nur größeren Unternehmenseinheiten offenstehen. Darunter sind z.B. bessere Beschaffungs-, Dispositions- oder Finanzierungsmöglichkeiten und im SGV das Angebot eines dichteren Netzes von Verkehrsleistungen zu verstehen ³⁾.

Die vom Bundesministerium für Wirtschaft 1976 in neuer Auflage herausgegebene Kooperationsfibel steckt für eine Reihe von Einzelformen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit die Grenze zu kartellrechtlich unzulässigen Tatbeständen ab. Diese Formen sind auch im Verkehrssektor anwendbar ⁴⁾.

-
- 1) Diese Überwachung war vom BSL ursprünglich gefordert worden, W. May in: DVWG Reihe B Band 17, S. 75
 - 2) Gemeinschaftskommentar, Franzen, Anm. 65 zu § 28 GWB
 - 3) Egler, S. 170 ff für den Güterfernverkehr, der dem SGV insbesondere im Hauptlauf insoweit vergleichbar ist.
 - 4) u.a. Clasen, S. 171; Storsberg V, S. 112

Ohne hier nähere Einzelheiten zu erläutern, dürfte unbestreitbar sein, daß solche Kooperationen allein nicht ausreichen können, um die Funktionsfähigkeit des SGV abzusichern ¹⁾.

h) Maßnahmen gegen Nachfragemacht
- - - - -

Mit der 4. Kartellnovelle wurde 1980 die Nachfragemacht einer strengeren Kontrolle unterworfen, so daß das Kartellrecht zur Abschwächung des verbandsseitig gerne genannten Arguments von der Marktmacht der Verlager ²⁾ jetzt beitragen könnte. Dieses Argument wird zwar nicht ausdrücklich unter den Besonderheiten des Verkehrs aufgeführt, ist aber implizit im Argument der stark schwankenden, preisunelastischen Verkehrsnachfrage enthalten.

Die marktbeherrschende Stellung eines Nachfragers ist höchstens auf sehr eng begrenzten regionalen Märkten im SGV denkbar. Deshalb scheiden Überlegungen zur Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, zu denen auch die Nachfrager zählen können, nach dem neuen § 22 Abs. 4 Satz 2 aus.

Ein Nachfrager, von dem ein Anbieter, wie z.B. ein Verkehrsunternehmer, abhängig ist, darf nach § 26 Abs. 3 seine Marktstellung nicht dazu ausnützen, den Anbieter ohne sachlich gerechtfertigten Grund zur Gewährung von Vorzugsbedingungen zu veranlassen. Abhängig ist ein Anbieter nach dem neuen Vermutungstatbestand des § 26 Abs. 2 Satz 3, wenn der Nachfrager auf Dauer besondere Vergünstigungen erlangt, die gleichartigen Nachfragern nicht zukommen.

Abgesehen davon, daß sich die von starken Nachfragern Beeinträchtigten in der Regel scheuen, Abhilfe bei den Kartellbehörden zu suchen ³⁾, wird ein sachlich gerechtfertigter Grund für Vergünstigungen in der Regel in der höheren Kapazitätsauslastung liegen, die die Geschäftsverbindung mit einem Großverlager ermöglicht. Im Ergebnis könnten mit § 26 Abs. 3 höchstens ausnahmsweise einmal besonders gravierende diskriminierende Maßnahmen von Verlegern verboten werden. Auf breiter Basis kann die Miß-

1) Clasen, S. 171; Storsberg V, S. 112

2) z.B. Heimes für den Güterfernverkehr in H. Schmidt, "Kooperation im Verkehr", S. 167

3) Immenga II, S. 1422

brauchsaufsicht über Nachfrager den Sammelgutspeditionen nicht den Rücken stärken.

i) Maßnahmen gegen mißbräuchliches Verhalten anderer Spediteure

Mit dem 1980 eingefügten Abs.3 in § 37a kann einem Unternehmen mit überlegener Marktmacht ein Verhalten untersagt werden, das seine kleinen und mittleren Konkurrenten unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen. Erstmals kann damit gegen Behinderungen durch relative Marktmacht im Horizontalverhältnis vorgegangen werden ¹⁾.

Da es sich beim SGV um einen polypolistischen Markt handelt, dürfte § 37a Abs.3, zumindest bei der hier vertretenen weiten Bestimmung des relevanten Marktes, keine Anwendung finden können ²⁾. Denn es dürfte keinem Speditionsunternehmen gelingen, "die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen" (§ 37a Abs.3). Möglich wäre dies erst im Zuge eines - derzeit nicht absehbaren - starken Konzentrationsprozesses oder z.B. bei Bestehen eines marktmächtigen Kooperationskartells.

3. Eingeschränkte Übertragbarkeit der Erfahrungen im Sammelgut-
verkehr auf den Straßengüterfernverkehr

Das Empfehlungsrecht im SGV wurde vom Gesetzgeber als ein neues Instrument angesehen, von dem im Falle positiver Erfahrungen Anstöße für eine allgemeine Reform der Verkehrstarife ausgehen könnten ³⁾. Auch die Bundesregierung sieht das Empfehlungsrecht im SGV als weiteren Schritt in Richtung einer geringeren staatlichen Einflußnahme auf den Verkehr an und will die Entwicklung im SGV sorgfältig beobachten ⁴⁾. Allen Beteiligten war 1975 klar, daß es sich beim SGV um einen überschaubaren Bereich handelt und das Auslaufen der Kundensätze angesichts der sonst unveränderten

1) Immenga-Mestmäcker, Emmerich Anm. 5a zu § 37a

2) Friedrich, S. 1557

3) Stenograf. Berichte des Bundestages, Band 173, S. 12073 vom 30.6.1975, Abgeordneter Hoffie, FDP

4) BT Drs. 7/3206, S. 6 u. 9, Bericht über die wettbewerbspolitischen Ausnahmebereiche

Ordnungspolitik im Verkehr nur einen kleinen Schritt in Richtung Liberalisierung bedeutet.

Damit wird gleichzeitig angedeutet, daß eine Übertragung der Erfahrungen im SGV auf den Bereich des Straßengüterfernverkehrs nicht ohne weiteres möglich ist. Dagegen spricht z.B., daß der Wegfall der verbindlichen Tarife im Wagenladungsverkehr auch die Grundlage dieser Erfahrungen, nämlich die Preisuntergrenze für den SGV (wie in Kapitel 1, Ziff. 4a gezeigt) verändern würde. Entfielen die Tarifbestimmungen im Güterfernverkehr, würde die Verwertbarkeit der derzeitigen Erfahrungen mit den BSKE somit eingeschränkt. Zwar stellen die Wagenladungstarife nur einen Kostenanteil von ca. 1/3 bis 1/2 an den Gesamtkosten im SGV dar. Dennoch muß man wohl davon ausgehen, daß durch die Preisuntergrenze eine gewisse, zumindest psychologische Basis besteht, auf der die spezifisch expeditionellen Leistungen kalkulationsmäßig aufbauen können.

Weiter ist zu berücksichtigen, daß der SGV "von der Struktur her keine ausgesprochene Tendenz zu ruinösem Preiswettbewerb hat" ¹⁾. Referenztarife im Straßengüterverkehr wären durch mögliche ruinöse Tendenzen stärker gefährdet ²⁾. Somit ist bei einer gedanklichen Übertragung der BSKE Vorsicht geboten.

Auch die bisherigen recht positiven Erfahrungen der Deutschen Fernverkehrsunternehmen mit den EWG-Referenztarifen sind nur übertragbar, wenn man berücksichtigt, daß die deutschen Tarifgrundsätze nach wie vor eine beachtliche Bedeutung auf das Preisniveau im grenzüberschreitenden Verkehr haben ³⁾. Fundierte Erfahrungen mit den seit dem 1.4.1980 geltenden Referenztarifen sind aber noch nicht veröffentlicht worden.

Erleichtert würden Referenztarife im Güterfernverkehr dadurch, daß sich die Kapazitätsregulierungen stützend auf das Preisniveau auswirken müßten. Dieser Gedanke findet sich häufig in der

1) W. May in DVWG Reihe B Band 17, S. 73

2) In Kapitel 1 Ziff. 5 c) (bb) wurden die Unterschiede zwischen dem Straßengüterfernverkehr und den BSKE herausgearbeitet

3) Hein-Eichhoff-Pukall-Krien, Anm. 18 zu § 22 GÜKG

verkehrswissenschaftlichen Literatur ¹⁾, so daß angesichts der hohen Verkehrswertigkeit und der damit verbundenen Attraktivität des Lkw genügend Nachfrage bestehen dürfte, um wegen der nicht zu vergrößernden Kapazitäten einen Preisverfall zu vermeiden. Im Rahmen dieser Kapazitäten dürfte die Auslastung bei freien Preisen sicher noch steigen. Dies würde sicher auch zu Lasten der Bundesbahn gehen, was wegen deren hoher Defizite von der Verkehrspolitik auf absehbare Zeit noch nicht angestrebt werden dürfte. Somit macht die finanzielle Situation der Bundesbahn ernsthafte Erörterungen von Preisliberalisierungen im Straßengüterfernverkehr wohl hinfällig. Einen kleinen Schritt in Richtung Liberalisierung bedeutet aber die derzeit geplante paritätische Besetzung der Tarifkommissionen im Güterfernverkehr. Dann können auch die Verloader einen erheblichen Einfluß auf die Tarife nehmen, was bisher wegen ihrer nur beratenden Stimme nicht möglich ist.

Im Ergebnis erscheinen Preisempfehlungen als Ersatz für den RKT keineswegs a priori ungeeignet zu sein, solange dies auf der Basis der gegebenen Kapazitätspolitik und unter Hinnahme von Transportverlusten der Bundesbahn erfolgen würde. Wegen der polypolistischen Strukturen im Güterfernverkehr wäre ein Mißbrauch durch die ca. 9.000 Fernverkehrsunternehmen infolge überhöhter Preise genausowenig wie im SGV zu befürchten. Dies hatte sich im November 1973 gezeigt, als die Empfehlungen des BDF nicht befolgt wurden, im Zuge der damaligen Treibstoffpreiserhöhungen die RKT-Richtpreise nicht mehr im Rahmen der zulässigen Minusmarge zu unterschreiten ²⁾. Die weiteren möglichen Wettbewerbsbeschränkungen im Güterfernverkehr ähneln denen, die für den SGV in der vorhergegangenen Ziff. 2 dieses Kapitels erörtert wurden.

1) u.a. Storsberg III, S. 141

2) BKartA Tätigkeitsbericht 1974, BT Drs. 7/3791, S. 80

4. Wettbewerbsbeschränkende Instrumente zur Unterstützung von

Liberalisierungsmaßnahmen

In Ziff. 2 dieses Kapitels wurden einige "private" Wettbewerbsbeschränkungen erläutert, die den Wegfall von staatlichen, ordnungspolitischen Eingriffen und die damit evtl. zu erwartenden unerwünschten Folgen, wie ruinöses Wettbewerbsverhalten, möglicherweise zu kompensieren vermögen. Es ist aufschlußreich, diese Frage zum Schluß noch kurz vor dem in Kapitel 2 erörterten wettbewerbstheoretischen und wettbewerbspolitischen Hintergrund in einem allgemeinen Zusammenhang zu erörtern, um Grenzen und Möglichkeiten dieses Ansatzes anzudeuten.

Mit Recht wird vor einer Instrumentalisierung des GWB eindringlich gewarnt. Zum einen wird nachgewiesen, daß es ordnungspolitisch und verfassungsmäßig äußerst fragwürdig wäre, von den Kartellbehörden wirtschaftsregelnde, nicht maßstabsgebundene Maßnahmen zu fordern, die z.B. extern an das GWB herangetragene Zielsetzungen der Konjunktur-, Verbraucher-, Verteilungs- oder Umweltpolitik verfolgen würden ¹⁾.

Zum anderen ist selbst diejenige Instrumentalisierung des GWB großen Zweifeln unterworfen, die nicht externe Ziele verfolgt, sondern von prognostizierbaren, wünschenswerten oder unerwünschten, ökonomischen Ergebnissen ausgehend eine bestimmte Marktstruktur oder -verhaltensweise durch Zulassung einer besonderen Wettbewerbsbeschränkung fördern will ²⁾. Auf die Diskussion über die Gefahren einer solchen vordergründigen Instrumentalisierung wurde in Kapitel 2 Ziff. 1 a (cc) ausdrücklich hingewiesen. Neuere wettbewerbstheoretische Ansätze zeigen, daß die Ungewißheit über Ablauf und insbesondere künftige Entwicklung von Marktprozessen tatsächlich außerordentlich hoch ist ³⁾. Die Diskussion soll an dieser Stelle aber nicht wieder aufgenommen werden, da es hier um die Konsequenzen aus einem ihrer Ergebnisse geht,

1) Immenga III, S. 19 ff; Baur, S. 73 ff

2) Kaufer, S. 569

3) Kaufer, S. 568 ff in Weiterführung der Gedanken u.a. von v.Hayek und Hoppmann mit Erläuterung neuerer empirischer Untersuchungen zu Marktverhalten und -prognose.

nämlich, daß der Schwerpunkt einer Wettbewerbspolitik auf allgemeinen Regeln, wie z.B. dem ausnahmslosen Kartellverbot und der möglichst weitgehenden Geltung des Wettbewerbsprinzips "an sich" liegen sollte. Ist der Wettbewerb in einem Bereich nicht möglich, sollte er dennoch so weit wie möglich, z.B. als Wettbewerb zur Erlangung dieses wettbewerbsfreien Bereichs, d.h. als Wettbewerb zur Erlangung eines solchen "natürlichen" Monopols, erhalten bleiben ¹⁾.

Diese Richtschnur soll vor einer ökonomischen Instrumentalisierung auf der Basis "angemaßten Wissens" (diese Formulierung geht auf v. Hayek zurück) bewahren. Damit ist aber noch nicht diejenige Instrumentalisierung ausgeschlossen, die ein Abgehen von staatlichen Administrierungen erleichtern soll. Denn diese staatlichen, wettbewerbsfeindlichen Eingriffe können nur als Notlösung angesehen werden ²⁾. Ihr Ersatz durch bestimmte private, vom GWB zugelassene, Wettbewerbsbeschränkungen bedeutet aus wettbewerbstheoretischer Sicht "mehr Wettbewerb", da die tatsächliche Praktizierung der Wettbewerbsbeschränkungen immerhin auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht, für die ein größerer Spielraum als bei staatlichen Administrierungen verbleibt ³⁾. Mit dieser Instrumentalisierung wird somit das Abgehen von einem Zustand erleichtert, der nach der grundlegenden Richtschnur als schlechteste Lösung gilt. Eine ersatzlose Aufhebung eines Ausnahmebereiches dürfte politisch kaum jemals durchsetzbar sein und würde ohne Übergangsregelungen zu unerwünschten Wirkungen führen können. Die u.a. von Kaufer in Frage gestellte Form der Instrumentalisierung begründet die Wettbewerbsbeschränkungen hingegen mit noch besseren ökonomischen Ergebnissen. Dies setzt jedoch die weitaus schwierigere Prognose von Marktprozessen ⁴⁾ voraus, als die Prognose, daß staatliche Eingriffe eine noch schlechtere Lösung als private Wettbewerbs-

-
- 1) Kaufer, S. 570, bezeichnet dies als Wettbewerb um ein Gebiet, der bestehen sollte, wenn er schon nicht in einem Gebiet möglich ist.
 - 2) Baum, S. 17 ff, mit Bezug auf die Grundsätze der Bundesregierung für staatliche Preisregelungen im Hinblick auf die wirtschaftspolitischen Ziele vom 6.3.1970, BAnz Nr. 118 vom 3.7.1970, S. 1
 - 3) Zu den Unterschieden von Preisadministrierungen und -empfehlungen im einzelnen: Baum, S. 54
 - 4) Die Prognose von Marktprozessen läßt sich in der Praxis natürlich nicht vermeiden, sollte in ihrer Aussagekraft aber nie überschätzt werden.

beschränkungen darstellen. Somit ist ein Ersatz solcher Eingriffe durch eine "Kartellösung" eine zulässige Instrumentalisierung des GWB.

Damit ist zugleich gesagt, daß die Instrumentalisierung eine Ausnahme bleiben muß. Mit Recht warnt z.B. Markert ¹⁾ davor, neu zu schaffende Kartelle als Mittel staatlicher Wirtschaftsplanung, z.B. in der Mineralöl- oder Stahlpolitik, einzusetzen. Wirtschaftspolitische Planung durch Kartellbildung sei nur in extremen, krisenhaften Ausnahmefällen gerechtfertigt. Gegen eine längerfristige Strukturpolitik durch Kartellbildung seien aber schwerwiegende Bedenken angebracht, weil sie notwendig zur weitgehenden Ausschaltung des Wettbewerbs und seiner gesamtwirtschaftlichen Vorteile führen würden ²⁾. Staatlich geförderte oder gar erzwungene Kartelle könnten auch lähmende Wirkungen auf andere Branchen haben. Falls Planung nötig sei, solle sie grundsätzlich nicht über eine Kartellbildung erfolgen.

Demgegenüber wurde in Frankreich die Kartellierung im Rahmen der Planification gerne zur Unterstützung der aufgestellten Wirtschaftspläne ermöglicht. Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Kartellen als "gut" oder "schädlich" hängt dort häufig von ihrem Beitrag zur Planerfüllung ab ³⁾. In den letzten Jahren hatte es nicht den Anschein, als ob die französische Wirtschaft durch diese Praktiken tatsächlich gefördert worden ist.

Zur Legitimierung privater Wettbewerbsbeschränkungen wird der Gedanke, daß sie im öffentlichen Interesse erfolgen, gerne auch in anderen Ausnahmereichen herangezogen ⁴⁾.

Eine Instrumentalisierung des GWB ist im Verkehr somit unter dem Aspekt zulässig ⁵⁾, daß private, der kartellamtlichen Mißbrauchsaufsicht unterliegende, Wettbewerbsbeschränkungen der Wettbewerbsordnung und ihren ökonomischen Funktionen besser als

1) Markert, S. 197 ff

2) Markert, S. 199

3) K. Toeche-Mittler, S. 50

4) z.B. Rauschenbach, S. 416, der verbandsseitige Prämienempfehlungen in der Versicherungswirtschaft als geeignet und erforderlich ansieht, um staatliche Maßnahmen zur Stabilisierung eines Versicherungsmarktes zu vermeiden.

5) Storsberg V, S. 112

staatliche Administrierungen entsprechen können. Da die hervorragenden, in der Literatur immer wieder betonten, Kooperationsmöglichkeiten im Verkehr ¹⁾ wegen des vielzitierten "Individualismus" der Verkehrsunternehmer mit ihren "traditionalistischen Verhaltensweisen" ²⁾ auf der Basis der staatlich verordneten Tarife kaum genutzt werden, erscheint die Öffnung zu einem freieren Wettbewerb im Güterverkehr geeignet, einen entsprechenden Druck zur besseren Wahrnehmung der volkswirtschaftlich erstrebenswerten Kooperationschancen auszuüben ³⁾.

1) z.B. die zitierten Untersuchungen von Clasen und Egler

2) Clasen, S. 158 ff

3) Eichler in H. Schmidt "Kooperation im Verkehr", S. 137, der den gegenwärtigen Ordnungsrahmen als entscheidendes Kooperationshindernis ansah.

Z U S A M M E N F A S S U N G

=====

1. Die Preisliberalisierung im Spediteursammelgutverkehr stellt im System der Deutschen Verkehrsgesetzgebung einen außergewöhnlichen Liberalisierungsschritt dar. Er war dadurch erleichtert worden, daß der SGV trotz des engen Zusammenhanges zu den Verkehrsträgern auf Schiene und Straße eine eigenständige Entwicklung nehmen konnte, da die Spediteure gelernt hatten, ihre Preisforderungen auch ohne die Unterstützung durch eine staatlich vorgeschriebene Preisuntergrenze durchzusetzen. Die latente Gefahr ruinösen Wettbewerbs wird im SGV als niedriger eingeschätzt.
2. Die Freistellung großer Teile der Verkehrswirtschaft von wesentlichen Bestimmungen des Kartellrechts im Zuge der staatlichen Tarifpolitik kann man als Beispiel dafür ansehen, daß sich die langfristigen Wirkungen staatlicher Eingriffe in Wettbewerbsprozesse kaum prognostizieren lassen. Dabei kann sich der ursprüngliche Zweck, wie z.B. Konkurrenzschutz der Bahn gegenüber dem Lkw, sogar in sein Gegenteil verkehren.

Im Spediteursammelgutverkehr konnte die staatliche Preisfestsetzung mangels Schutzbedürfnis der Bahn oder der Spediteure aufgehoben werden, um eine bessere Ausprägung der ökonomischen Funktionen des Wettbewerbs zu gewährleisten. Dagegen soll die Freistellung der Verbandsempfehlungen vom Empfehlungsverbot allzu heftige Strukturveränderungen und eine krisenhafte Preisentwicklung verhindern. Angesichts der polypolistischen Marktverhältnisse sind die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Empfehlungen nicht sehr hoch zu veranschlagen.

3. Auch Mißbrauchsmaßnahmen der Kartellbehörden greifen in Wettbewerbsprozesse ein, und lassen sich in ihren längerfristigen Wirkungen nicht immer genau bestimmen. Solche Maßnahmen erfolgen im Rahmen der Rechtsaufsicht und haben keinen wirtschaftslenkenden Charakter. Schematisierte Mißbrauchsmaßstäbe, wie sie z.B. für die Preisempfehlungen von Markenwaren zu finden sind, wären für die Sammelgutempfehlungen

verfehlt. Denn Preisempfehlungen in Ausnahmebereichen lassen sich nicht nur am Maßstab der Marktgerechtigkeit messen. Sie dürfen nämlich - zumindest in Zeiten eines besonders harten Wettbewerbs - eine preisniveaustabilisierende Wirkung haben, die den Markenwarenempfehlungen nicht zukommt.

Aus Sinn und Zweck des Empfehlungsrechts nach § 99 Abs.2 Nr.5 GWB wird in Verbindung mit systematischen Überlegungen versucht, den Mißbrauch dieses Rechts als unangemessenes, in 4 Schritten näher zu bestimmendes Empfehlungsverhalten abzuleiten. Mißbrauchsmaßnahmen auf Grund hoher Differenzen zwischen Empfehlungs- und Marktpreisen erscheinen höchstens angebracht, wenn erhebliche Interessen der verladenden Wirtschaft verletzt werden, die die Interessen der Sammelgutspediteure überwiegen. Sonst könnten sie angesichts des gedrückten Niveaus der Marktpreise als Nachweis dafür benutzt werden, daß Empfehlungspreise im Güterverkehr einen funktionsunfähigen Wettbewerb nicht zu verhindern in der Lage sind.

4. Referenztarife kommen bisher auch im grenzüberschreitenden Güterfernverkehr zwischen der Bundesrepublik und den 4 "neuen" EWG-Staaten zum Tragen und werden von der Kommission als Modell für den gesamten Binnen- und grenzüberschreitenden Verkehr in der EWG angesehen. Komplikationen der Sammelgutempfehlungen mit dem europäischen Kartellrecht sind nicht zu erwarten, zumal es kein Empfehlungsverbot ausspricht. Selbst wenn die Sammelgutempfehlungen oder ein darauf aufbauendes gleichförmiges Marktverhalten als aufeinander abgestimmte Verhaltensweise anzusehen wäre, bestünde die Freistellungsfähigkeit nach den Wettbewerbsregeln für den Verkehr der VO 1017/68.
5. Das deutsche und das europäische Kartellrecht ermöglichen z.B. durch Kooperationskartelle noch weitere Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Rationalisierung und Stabilisierung im Spediteursammelgutverkehr beizutragen geeignet sind. Um eine Eindämmung administrierter Preise leichter durchzusetzen, ist die "Instrumentalisierung" des Kartellrechts für außerhalb der Wettbewerbspolitik liegende Ziele, wie der Verkehrs-

politik, legitim. Dennoch erscheint die Übertragbarkeit des Modells der Sammelgutempfehlungen auf den gewerblichen Güterfernverkehr nur bedingt möglich, da erhebliche strukturelle Unterschiede bestehen. Im Ergebnis wurden im SGV die verstärkten Einsatzmöglichkeiten für marktwirtschaftliche Antriebs- und Steuerungskräfte geschaffen, die für bessere Problemlösungen im Verkehrssektor häufig gefordert werden ¹⁾.

¹⁾ Wissenschaftlicher Beirat des Bundesverkehrsministeriums, 1981, S. 151

A Bedingungen für den Spediteursammelgutverkehr mit Kraftwagen und Eisenbahn

§ 1

Anwendung der Bedingungen

1. Diese Bedingungen finden Anwendung im innerdeutschen Spediteursammelgutverkehr mit Kraftwagen und Eisenbahn auf **Speditionsverträge** zwischen Auftraggeber (Versender) und beauftragtem Spediteur.
Spediteursammelgut im Sinne dieser Bedingungen liegt vor, wenn die **Güter mehrerer Versender** von einem Spediteur (Versandspediteur) auf der ganzen Strecke oder auf einem Teil der Strecke **bei der Versendung zusammengefaßt** werden.
2. Diese Bedingungen gelten auch für Speditionsverträge zwischen Versender und beauftragtem Spediteur, wenn dieser die Güter nicht selbst zusammenfaßt, sondern bei einem anderen Sammelladungsspediteur **beiläßt**.
3. Der Spediteur darf die Versendung des Gutes zusammen mit Gütern anderer Versender in Sammelladung bewirken, falls ihm nicht das Gegenteil ausdrücklich schriftlich vorgeschrieben ist. Die Übergabe eines KVO- bzw. EVO-Stückgutfrachtbriefes ist kein gegenteiliger Auftrag.
4. Diese Bedingungen gelten auch für den Spediteursammelgutverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und **Berlin (West)**.

§ 2

Abgrenzung des Leistungsbereichs

1. Der **Leistungsbereich** des Spediteursammelgutverkehrs beginnt mit **Übernahme des Gutes** vor dem Haus des Versenders und endet mit **Übergabe des Gutes** an den Empfänger vor seinem Haus.
(**Haus-Haus-Leistungsbereich**).
2. Bei **Selbstanlieferung** beginnt der Leistungsbereich mit der Übernahme des Gutes durch den Versandspediteur. Selbstanlieferung ist nur möglich im Einvernehmen mit dem Versandspediteur.
3. In den folgenden Fällen **endet** der Leistungsbereich bereits am **Ankunftsschuppen der Sammelladung**:
 - a) **bei Selbstabholung**:
Selbstabholung ist nur möglich, wenn diese vereinbart und schriftlich vorgeschrieben ist, und grundsätzlich nur am Ankunftsschuppen der Sammelladung. Der Leistungsbereich endet dann mit der Übergabe des Gutes an den selbstabholenden Empfänger;

- b) wenn die Sendung vom Empfangsspediteur **an einen anderen Spediteur überwiesen** werden muß, der seinerseits die Sendung am Ankunftsschuppen der Sammelladung abholt;
- c) beim Versand von Exportgut nach einem deutschen Seehafen (Verkehr über die **nassee Grenze**);
wird die Sammelladung nach einem Verteilungsschuppen in einem Seehafen abgefertigt, gilt der Verteilungsschuppen als Ankunftsschuppen;
- d) wenn die Sendung beim Empfangsspediteur – ohne Umfuhr – auf dem **Ankunftsschuppen eingelagert** wird.

§ 3

Haus-Haus-Entgelt

1. Entsprechend dem Haus-Haus-Leistungsbereich wird ein **Haus-Haus-Entgelt** berechnet.
2. Das **Haus-Haus-Entgelt** besteht aus **zwei Bestandteilen**,
dem **Kundensatz ab Haus des Versenders bis zum Bestimmungsort des Empfängers** und der **Hausfracht**, dem Entgelt für die Zustellung bis zum Haus des Empfängers.
3. Bei Selbstanlieferung wird das Haus-Haus-Entgelt berechnet und dem Selbstanlieferer eine zu vereinbarende **Selbstanlieferungsvergütung** gewährt.
4. Die **Hausfracht** (Entgelt für die Zustellung bis zum Haus des Empfängers) wird **nicht berechnet** bei:
 - Selbstabholung (§ 2 Abs. 3a)
 - Überweisung an einen anderen Spediteur (§ 2 Abs. 3b)
 - Exportgut über die nassee Grenze (§ 2 Abs. 3c)
 - Einlagerung des Gutes auf dem Ankunftsschuppen (§ 2 Abs. 3d).
5. Das **Haus-Haus-Entgelt** enthält die **Vergütung für folgende Leistungen**, soweit sie den **normalen Umfang** nicht überschreiten:
 - a) die Beförderung innerhalb des in § 2 abgegrenzten Leistungsbereichs,
 - b) die büromäßige Bearbeitung durch den Versand- und Empfangsspediteur,
 - c) die Aufbewahrung von Sendungen, die abgeholt werden, auf dem Ankunftsschuppen für die ersten zwei Werktage nach der Entladung.

6. **Zusätzliche Leistungen und Auslagen** werden zusätzlich zum Haus-Haus-Entgelt berechnet. Dies sind u. a.:

Nachnahmeprovisionen, Überweisungsspesen, Signierungskosten, Lagergelder, Avisgebühren, Wiegegebühren, Versicherungsprämien,

die das übliche Maß übersteigenden Ladekosten, Fuhrleistungen (insbesondere Sonderfahrten, Wartezeiten, Nacht-, Sonn- oder Feiertagsfahrten, zusätzliches Personal) und büromäßigen Aufwendungen,

Überlassung von Behältern und sonstigen Lade- und Packmitteln, Zustellung und Abholung von leeren Behältern und sonstigen Lade- und Packmitteln,

Aufmessen von Sperrgütern,

Erstellung von Rechnungen an Unfrei-Empfänger, die nicht zur sofortigen Zahlung bereit sind,

Selbstabholergebühr,

Zoll- und sonstige Grenzabfertigung,

Ausfertigung von Bescheinigungen aller Art,

Postkosten,

Kapitalbereitstellungskosten,

die in den Seehafen-Speditionstarifen aufgeführten Leistungen,

Beschaffung von Ablieferungsnachweisen.

7. Soweit die **Entgelte für zusätzliche Leistungen** nach Abs. 6 nicht im Nebengebührentarif oder in einem anderen Tarif aufgeführt sind, wird ein angemessener Betrag, mindestens aber die Auslagen, berechnet.

8. **Zuschläge**

für Schnelllieferung und Terminverkehre sowie für Beförderungen in Isothermfahrzeugen oder anderen Sonderfahrzeugen

werden nach Vereinbarung zusätzlich berechnet.

9. Rechnungen des Spediteurs sind sofort zu begleichen. Zahlungsverzug tritt, ohne daß es einer Mahnung oder sonstiger Voraussetzungen bedarf, spätestens 10 Tage nach Zugang der Rechnung ein, sofern er nicht nach dem Gesetz schon vorher eingetreten ist. Der Spediteur darf im Falle des Verzuges Zinsen in Höhe von 2% über dem zum Zeitpunkt des Eintritts des Verzuges geltenden Diskontsatz der Deutschen Bundesbank und die ortsüblichen Spesen berechnen.

§ 4

Berechnung des Haus-Haus-Entgelts

1. Das Haus-Haus-Entgelt wird für **jede Sendung gesondert** berechnet.

2. Eine Sendung ist das
von einem **Versender**
für einen **Empfänger**
vom Spediteur **gleichzeitig übernommene Gut**.

3. Der **Berechnung des Kundensatzes** werden – soweit in den Tarifen nichts anderes festgelegt ist – zugrunde gelegt:

- a) Die **Entfernung** auf der Grundlage des Reichskraftwagentarifs (RKT) zwischen dem Ort der Übernahme der Sendung durch den Versandspediteur und dem Ort der Übergabe der Sendung an den Empfänger. Bei Orten mit mehreren Gemeindetarifbereichen wird – unbeschadet der nachfolgenden Sonderregelung – der Gemeindetarifbereich zugrunde gelegt, in dem die Übernahme bzw. die Übergabe der Sendung erfolgt.

Bei folgenden Orten ist ausschließlich der **Gemeindetarifbereich Mitte** entfernungsbildend: Bremen, Dortmund, Düsseldorf, Essen, Frankfurt/Main, Gelsenkirchen, Hagen, Hamburg, Hannover, Karlsruhe, Kiel, Köln, Krefeld, Lübeck, Mainz, Mannheim, Mönchengladbach, München, Nürnberg, Recklinghausen, Remscheid, Solingen, Stuttgart und Witten.

Für **Berlin (West)** werden als entfernungsbildende Gemeindetarifbereiche festgelegt:

Gemeindetarifbereich Charlottenburg für die Bezirke Charlottenburg, Tiergarten, Schöneberg, Kreuzberg und Wedding sowie die Bezirksteile Wilmersdorf, Tempelhof und Neukölln,

Gemeindetarifbereich Reinickendorf für die Bezirke Reinickendorf und Spandau,

Gemeindetarifbereich Steglitz für die Bezirke Steglitz und Zehlendorf sowie die Bezirksteile Grunewald, Schmargendorf, Lichtenrade, Mariendorf, Marienfelde, Britz, Buckow und Rudow.

- b) Das **Gewicht** der Sendung in Kilogramm. Angefangene Kilogramm werden als volle Kilogramm gerechnet. Beträgt das Gewicht einer Sendung mehr als 1.000 kg, so ist es jeweils auf volle 100 kg aufzurunden.
Liegt das Gewicht der Sendung unter 150 kg je Kubikmeter (**sperriges Gut**), so wird der Frachtberechnung ein Gewicht von 1,5 kg je angefangene 10 dm³ zugrunde gelegt. Die Berechnung eines höheren frachtpflichtigen Gewichts bedarf der Vereinbarung.

- c) Vom Gewicht der Sendung kann bei Benutzung von Kleinbehältern, Faltkisten und Paletten ein Gewichtsabzug bis zur Höhe des Eigengewichts dieser Lademittel – bei Sendungen von mehr als 1.000 kg vor der Aufrundung – vorgenommen werden, wenn der Ver-

sandspediteur nach den jeweils geltenden Frachtberechnungsvorschriften an den Frachtführer dafür keine anteilige Fracht zu zahlen hat.

Bei Benutzung von Kleincontainern, Paletten und Collico gelten im Spediteursammelgutverkehr mit der Eisenbahn die entsprechenden Vorschriften der Deutschen Bundesbahn.

4. Der **Berechnung der Hausfracht** werden zugrunde gelegt:

a) Das **frachtpflichtige Gewicht** der Sendung.

Es ist jeweils auf volle 100 kg aufzurunden, soweit in den Tarifen nicht anderes festgelegt ist.

b) Die **Ortsklasse**.

Sie richtet sich nach der Einwohnerzahl des Bestimmungsortes, in Berlin nach der Einwohnerzahl der in Abs. 3a für die entfernungsbildenden Gemeindetarifbereiche jeweils genannten Bezirke und Bezirksteile.

§ 4a

Besondere Bedingungen für den Spediteursammelgutverkehr mit der Eisenbahn

1. Im Spediteursammelgutverkehr mit der Eisenbahn kann im Speditionsvertrag die Abfertigung der Sendung an den Empfänger über einen bestimmten Stückgutbahnhof vereinbart werden, wenn die Sendung vom Ankunftsschuppen der Sammelladung im Schienennachlauf oder direkt bis zum vereinbarten Stückgutbahnhof auf der Schiene befördert werden soll.

2. Der Kundensatz wird in diesem Fall ab Haus des Versenders bis zum vereinbarten Stückgutbahnhof berechnet. Daran schließt sich die Hausfracht an.

3. Bei Vereinbarung eines Stückgutbahnhofs, gemäß Abs. 1 wird der Berechnung des Kundensatzes die Entfernung des Deutschen Eisenbahn-Gütertarifs (DEGT) zugrunde gelegt zwischen dem Eisenbahntarifbahnhof, der dem Ort der Übernahme der Sendung durch den beauftragten Spediteur am nächsten gelegen ist, und dem vereinbarten Stückgutbahnhof.

§ 5

Frankaturvorschriften

1. Erteilt der Auftraggeber im Speditionsauftrag die Frankaturvorschrift „**frei Haus**“, so berechnet ihm der Versandspediteur das Haus-Haus-Entgelt, das heißt

den Kundensatz bis zum Bestimmungsort des Empfängers und die Hausfracht für die Zustellung des Gutes bis zum Haus des Empfängers

sowie ggf. besondere Entgelte für zusätzliche Leistungen.

2. Erteilt der Auftraggeber im Speditionsauftrag die Frankaturvorschrift „**frei Bestimmungsort**“, so wird das Haus-Haus-Entgelt wie folgt berechnet bzw. nachgenommen:

Der Versender hat den Kundensatz bis zum Bestimmungsort des Empfängers zu zahlen.

Der Empfänger hat die Hausfracht für die Zustellung des Gutes bis zum Haus des Empfängers zu zahlen.

Soweit nichts anderes vereinbart ist, werden ggf. besondere Entgelte für zusätzliche Leistungen wie folgt berechnet bzw. nachgenommen:

Entgelte für zusätzliche Leistungen, die im Zusammenhang mit der Versendung des Gutes bis zum Bestimmungsort erbracht werden, hat der Versender zu zahlen.

Entgelte für zusätzliche Leistungen, die im Zusammenhang mit der Zustellung des Gutes erbracht werden, hat der Empfänger zu zahlen.

3. Erteilt der Auftraggeber im Speditionsauftrag die Frankaturvorschrift „**unfrei/ab Werk**“, so werden das Haus-Haus-Entgelt, das heißt:

den Kundensatz bis zum Bestimmungsort des Empfängers und

die Hausfracht für die Zustellung des Gutes bis zum Haus des Empfängers

sowie ggf. besondere Entgelte für zusätzliche Leistungen beim Empfänger nachgenommen.

4. Die Frankaturvorschriften „**franco Haus**“, „**franco Bestimmungsort**“ bzw. „**unfranco**“ stehen den Frankaturvorschriften „**frei Haus**“, „**frei Bestimmungsort**“ bzw. „**unfrei**“ gleich.

5. Verwendet ein Auftraggeber lediglich die Frankaturvorschrift „**franco**“ oder „**frei**“, so ist dies gleichbedeutend mit „**frei Bestimmungsort**“.

6. Bei **Zollgut** bedarf es der zusätzlichen Vorschrift durch den Versender darüber, wer das Entgelt für die Zollabfertigung, den Zoll und die Steuern zu tragen hat.

§ 6

Auftragserteilung

Der Speditionsauftrag ist **grundsätzlich schriftlich** zu erteilen unter Verwendung des im Speditionsge-
werbe üblichen **Speditionsauftragssatzes** für den ausgehenden Spediteursammelgutverkehr.

§ 7

Umsatzsteuer

In Preisofferten und -vereinbarungen ist **keine Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer)** enthalten. Sie ist zusätzlich zu berechnen, soweit nicht steuerliche Befreiungsvorschriften zum Zuge kommen.

B Entgelte für den Spediteursammelgutverkehr mit Kraftwagen und Eisenbahn

Tarif Sp 11

Haus-Haus-Entgelte für den **innerdeutschen Spediteursammelgutverkehr** mit Kraftwagen und Eisenbahn (Kundensatz/Hausfracht)

1. Es gelten die **Bedingungen für den Spediteursammelgutverkehr** mit Kraftwagen und Eisenbahn.
2. Das Haus-Haus-Entgelt besteht gemäß § 3 Abs. 2 der Bedingungen aus dem **Kundensatz** und der **Hausfracht**.
3. Als **Kundensatz** wird gemäß § 4 Abs. 1 bis 3 der Bedingungen der in den nachfolgenden Kundensatztafeln aufgeführte Betrag berechnet.

Erfolgt die Übergabe der Sendung an den Empfänger innerhalb der politischen Gemeinde, in der der Ankunftsschuppen der Sammelladung liegt, so kommt die **Kundensatztafel für Zielplätze** (Kundensatztafel I) zur Anwendung.

Erfolgt die Übergabe der Sendung an den Empfänger außerhalb der politischen Gemeinde, in der der Ankunftsschuppen der Sammelladung liegt, so kommt die **Kundensatztafel für Nebenplätze** (Kundensatztafel II) zur Anwendung.

4. Als **Hausfracht** wird gemäß § 4 Abs. 4 der Bedingungen der in der nachfolgenden Hausfrachttabelle aufgeführte Betrag berechnet.
5. Die Entgelte nach Abs. 3 und 4 gelten auch für den Spediteursammelgutverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West).

Tarif Sp 51

Entgelte für zusätzliche Leistungen für den **innerdeutschen Spediteursammelgutverkehr** mit Kraftwagen und Eisenbahn (Nebengebührentarif)

1. Es gelten die **Bedingungen für den Spediteursammelgutverkehr** mit Kraftwagen und Eisenbahn.
2. Für nachfolgende, in § 3 Abs. 6 der Bedingungen u. a. aufgeführte zusätzliche Leistungen werden **zusätzlich zum Haus-Haus-Entgelt** berechnet:

- a) Gebühr für Versendernachnahmen 1%,
mindestens DM 5,—
- b) Avisgebühren pro Sendung
DM 1,—
- c) Selbstabholungsgebühr DM 0,80 per 100 kg,
mindestens DM 1,—
ab 1.000 kg DM 0,50 per 100 kg,
mindestens DM 8,—
- d) Aufmessen von Sperrgütern pro Sendung
DM 3,—
- e) Lagergeld für Güter normalen Umfangs pro Tag und 100 kg DM 1,20
- f) Erstellung von Rechnungen für Unfrei-Empfänger, die nicht zur sofortigen Zahlung bereit sind DM 5,—
- g) Beschaffung eines Ablieferungsnachweises mindestens DM 6,—
- h) Palettentauschgebühr für
— genormte* Flachpaletten je Palette DM 2,—
— genormte* Gitterboxpaletten je Palette DM 5,—
* Die Normen für Abmessungen und Güte richten sich nach DIN.

3. Soweit Entgelte für zusätzliche Leistungen oder Zuschläge nach § 3 Abs. 6 bzw. 8 der Bedingungen für den Spediteursammelgutverkehr nicht in diesem oder in einem anderen Tarif aufgeführt sind, wird ein **angemessener Betrag, mindestens aber die Auslagen** berechnet.
4. Dieser Tarif gilt auch für den Spediteursammelgutverkehr zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Berlin (West).

LEBENS LAUF

Am 11.6.1949 wurde ich, Carl-Reinhard E. Eichhoff, in Hamburg geboren. Die Schulzeit absolvierte ich von 1955 bis 1967 zur Reifeprüfung in Köln. Mein 1976 verstorbener Vater Erich Eichhoff war bis zu seiner Pensionierung im Jahre 1974 Präsident der Bundesanstalt für den Güterfernverkehr.

Nach Studienjahren in Gießen, Heidelberg und München legte ich dort 1972 die 1. und 1976 die 2. juristische Staatsprüfung ab. 1977 schloß ich mein 1971 aufgenommenes Studium der Volkswirtschaftslehre mit dem Diplomexamen ab. Seit 1978 bin ich in München in der Vermögensverwaltung eines Großunternehmens tätig. Ich bin verheiratet und habe zwei Kinder.

